



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es

TESIS DOCTORAL

“HACIA UNA ÚNICA CATALOGACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES - LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO DERECHOS FUNDAMENTALES-”

Autor:

Fernando Pindado García

Director:

Rafael de Asís Roig

**DOCTORADO EN ESTUDIOS AVANZADOS EN DERECHOS HUMANOS
INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS “BARTOLOMÉ DE LAS CASAS”**

Getafe, mayo de 2015

TESIS DOCTORAL

***“HACIA UNA ÚNICA CATALOGACIÓN DE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES - LOS DERECHOS
ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LAS
PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO DERECHOS
FUNDAMENTALES-”***

Autor: Fernando Pindado García

Director: Rafael de Asís Roig

Firma del Tribunal Calificador:

Firma

Presidente: (Nombre y apellidos)

Vocal: (Nombre y apellidos)

Secretario: (Nombre y apellidos)

Calificación:

Getafe, de de

ÍNDICE

Introducción.....	6
CAPÍTULO I.- EL ESTADO DE LA CUESTIÓN: LA RECEPCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	14
1. Introducción.....	14
2. Conceptos previos	24
2.1. Autonomía	24
2.2. Necesidades básicas.....	31
2.3. Vida independiente	41
2.4. Paternalismo	48
2.5. Ajustes razonables	56
3. Un enfoque desde la teoría de las capacidades.....	66
4. Un enfoque desde la perspectiva de género.....	74
5. Un enfoque desde la perspectiva de edad.....	84
6. Un enfoque desde la perspectiva de la infancia.....	91
7. El disfrute sectorial de sus derechos por las personas con discapacidad.....	98
7.1. Accesibilidad universal.....	99
7.2. Asistencia médica y salud.....	118
7.3. Contratación a distancia	128
7.4. Contratación bancaria	135
7.5. Educación	145
7.6. Empleo.....	160
7.7. Relaciones con las administraciones públicas	169
7.8. Sector del ocio y tiempo libre.....	184
7.9. Servicios públicos.....	190
7.10. Sociedad de la información	197
7.11. Transportes	211
7.12. Uso de la lengua de signos	219
7.13. Vivienda	226
CAPÍTULO II.- LA ACTUAL ARTICULACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO DERECHO SOCIAL	237
1. Cuestiones previas	237
1.1. El concepto de derecho.....	239
1.1.1. Un análisis desde la fundamentación de los derechos	247
1.1.2. Un análisis desde la conceptualización de los derechos	253
1.2. La mutabilidad de las necesidades en el ámbito social	257
2. Proceso de formación de los derechos sociales	260
2.1. Orígenes históricos del concepto.....	262
2.2. La aportación del socialismo a la formación del concepto.....	267
3. El concepto y el fundamento de los derechos sociales.....	273
3.1. Sobre el concepto: sus principales dimensiones.....	276
3.1.1. Un aspecto eminentemente positivo	281
3.1.2. Un contenido prestacional	286
3.1.3. El reconocimiento dotado de una dimensión colectiva	295
3.1.4. La prohibición de regresividad	304
3.1.5. ¿los DESC, principios programáticos o mandatos de optimización?	313

3.1.6. Los derechos de las personas con discapacidad como DESC.....	320
3.2. Sobre el fundamento: la dignidad humana, libertad, igualdad y solidaridad social	328
3.2.1. La dignidad humana	332
3.2.2. Libertad.....	340
3.2.3. La igualdad	347
3.2.4. La solidaridad social.....	363
4. El desarrollo de los derechos sociales	370
4.1. Desarrollo constitucional pleno interno (desarrollo legislativo del derecho desde el punto de vista material y procesal)	370
4.1.1. Material.....	372
4.1.2. Formal.....	377
4.2. Desarrollo de los derechos sociales en el ámbito internacional	383
4.3. La articulación de los derechos sociales a través del estado social	390
4.4. Las debilidades del sistema	404
CAPÍTULO III- HACIA UNA CATALOGACIÓN ÚNICA DE DERECHOS FUNDAMENTALES	411
1. Introducción.....	411
1.1. La insuficiencia de un catálogo constituido exclusivamente por derechos civiles y políticos.....	415
1.2. La falta de un consenso sobre la exigibilidad de determinados derechos..	423
1.3. La falta de un consenso sobre el concepto de derechos fundamentales	431
2. Análisis crítico de las posturas doctrinales desfavorables a la integración de los DESC en una categoría única de derechos fundamentales.....	437
2.1. En relación con la fundamentación de los derechos fundamentales. El liberalismo	438
2.1.1. El modelo utilitarista	445
2.1.2. El modelo del constructivismo ético	453
2.1.3. La elaboración de un modelo de liberalismo igualitario	460
2.1.3.1. El modelo de justicia como utilidad	462
2.1.3.2. El modelo de justicia como interés.....	471
2.1.4. El liberalismo no igualitario	475
2.1.4.1. Teoría del constitucionalismo negativo.....	475
2.1.4.2. Teoría del estado mínimo	480
2.1.5. El valor absoluto de la libertad	484
2.1.5.1. El libre desarrollo de la individualidad.....	484
2.1.5.2. El triunfo de la libertad negativa	490
2.2 en relación con el concepto de los derechos fundamentales	497
2.2.1. La concepción de los derechos fundamentales como derechos universales y absolutos	498
2.2.2. La concepción sobre los derechos subjetivos.....	507
3. Argumentos favorables a la integración de los DESC en una categoría única de derechos fundamentales.....	517
3.1. En relación con el fundamento	519
3.1.1. La idéntica fundamentación de los derechos fundamentales y derechos sociales: la dignidad humana.....	519
3.1.2. La interdependencia entre derechos fundamentales	531
3.1.3 la necesidad del desenvolvimiento pleno del individuo: la teoría de las capacidades.....	535
3.2. En relación con el concepto.....	545

3.2.1. El proceso de generalización de los derechos fundamentales	546
3.2.2. El proceso de internacionalización de los derechos fundamentales	548
3.2.3. La consideración de los DESC como un derecho fundamental de tercera- cuarta generación	563
3.2.4. La precisión terminológica: la imposible segregación de los derechos humanos de sus sistemas de protección	569
3.2.5. La lectura sistemática del título I de la Constitución Española	577
3.2.6. Los DESC como instrumento de fortalecimiento democrático	589
4. Propuestas para una eficaz protección de los derechos de las personas con discapacidad	598
4.1. El ejercicio de acciones colectivas	599
4.2. La implantación generalizada de ajustes razonables	606
4.3. La asignación de un papel activo al defensor del pueblo en la defensa de los DESC	614
4.4. El mantenimiento de una reserva competencial en favor del Estado para garantizar la igualdad de las personas con discapacidad	621
4.5. La ratificación plena de los instrumentos internacionales que persiguen la protección de los derechos de las personas con discapacidad	637
5. CONCLUSIONES FINALES	643
7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	652
8. INFORMES RESEÑADOS	664

Introducción

El objeto del presente estudio surge de una experiencia personal profesional que me ha permitido conocer el aspecto práctico de la gestión de los derechos de personas con discapacidad y su aplicación en la vida diaria. Analizo la situación que afecta a un grupo social que constituye una parte no despreciable, en cuanto a número y capacidades potenciales, de la humanidad. No obstante, mi impresión general es negativa, ya que pese a ello, se da la paradoja de que, algo que afecta a un número de personas tan numeroso, resulta frecuentemente una cuestión trivial desde la posición de una persona sin discapacidad. Esta posición se ha traducido en una falta de sensibilidad del resto de la sociedad hacia los derechos de estas personas.

La tradicional adscripción de los derechos asignados al colectivo de personas con discapacidad al grupo de derechos sociales, económicos y culturales, alumbra, tal y como apunto en el presente estudio, una serie de cuestiones de gran relevancia, que oscilan entre el modo como han sido recibidos estos derechos en el ordenamiento jurídico, la dificultad de sus miembros para acceder al pleno disfrute de sus derechos, la dificultad del ejercicio de acciones colectivas para la defensa de los derechos de los sujetos afectados, o la difícil acogida por los órganos jurisdiccionales en sus decisiones. Existe, pues, una panoplia de dificultades que, en una mayor o menor medida, limita el acceso de estas personas al goce de sus derechos en plenitud.

El surgimiento de una cada vez mayor actividad en defensa de los derechos para las personas con discapacidad en relación con la prestación de los bienes y servicios que se les brinda, encierra, en realidad, un fracaso del ordenamiento jurídico para satisfacer las necesidades de justicia de todos sus miembros y del desarrollo del mercado para ofrecer bienes y servicios accesibles para todos, como un instrumento que transforme la igualdad formal en una igualdad efectiva en el seno de la sociedad de todos sus miembros. Para que se garantice la vida en una sociedad justa en el sentido que define

Aristóteles de participación en una vida en común con vistas a tener autosuficiencia, siendo libres e iguales¹.

La discapacidad, en cuanto situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limitan o impiden su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás², no es un fenómeno ajeno a la sociedad, que se desarrolla al margen de ella, ya que la discapacidad forma parte de la condición humana, pues casi todas las personas sufrirán algún tipo de discapacidad transitoria o permanente en algún momento de su vida³. El entorno social no es, pues, únicamente el ámbito natural en el que se manifiesta la discapacidad, sino también el que la origina o magnifica sus efectos. Por ello, la persona ve potenciada o limitada su capacidad para participar en el entorno, en función de que éste sea facilitador o interponga barreras⁴.

Sobre la base de datos facilitados por Eurostat, la Comisión Europea calcula que hay aproximadamente 50 millones de ciudadanos de la Unión Europea con discapacidad. Constituye una de las mayores categorías de ciudadanos vulnerables en la Unión Europea, aparte del de mujeres. La proporción de personas con discapacidad es del orden de un 10% de la edad laboral en los países miembros, con una tendencia en la corriente demográfica actual a un ligero incremento. Los datos de la OMS publicados conjuntamente con el Banco Mundial arrojan unas cifras todavía más demoledoras, ya que se estima que más de mil millones de personas viven con algún tipo de discapacidad; o sea, alrededor del 15% de la población mundial (según las estimaciones de la población mundial en 2010), frente a las estimaciones previas de la Organización Mundial de la Salud, correspondientes a los años 1970, que eran de aproximadamente un 10%⁵.

¹ ARISTÓTELES. *“Ética a Nicómaco”*. Alianza Editorial. 2011. Pág. 167.

² Según la definición que recoge el artículo 2.a) del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado en virtud de Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (BOE nº 289, de 3 de diciembre de 2013). En adelante se citará como TRDPCDYS.

³ Informe Mundial sobre la Discapacidad. OMS/BM. 2011 (resumen). Pág. 7. Disponible en internet en http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/accessible_es.pdf.

⁴ GALLARDO RAYADO, .A. *“Universidad y discapacidad intelectual”* en VV.AA *“Jornadas: Inclusión de los estudiantes con discapacidad en la Universidad. Necesidades y demandas”*. UNED. 2011. Pág. 146.

⁵ Informe Mundial sobre la Discapacidad. Ob. Cit. Págs. 7-8.

Ya he introducido un elemento básico en la calificación de este grupo: se trata de un colectivo con una especial vulnerabilidad ante situaciones de discriminación; al respecto, existe disponible evidencia de que las personas con discapacidad sufren discriminación explícita o se encuentran en riesgo de discriminación; asimismo, se encuentran socialmente y económicamente en situación de desventaja (tasas de empleo bajas y elevadas tasas de pobreza)⁶.

La necesidad de abordar la discapacidad como un factor relacionado con la pobreza económica o con las restantes desventajas que la misma genera no es sólo un tema de justicia social, sino también económico; poner fin a la situación de pobreza de algunos de los miembros de este grupo y a las barreras que la sociedad genera significaría que más personas con discapacidad podrían incorporarse a una vida activa, aumentando la contribución neta a la Hacienda Pública a través de los impuestos, y reduciendo el número de pensiones adjudicadas por carecer de empleo; en la actualidad, la capacidad de ahorro de las personas con discapacidad es casi inexistente, y ello se debe a múltiples factores relacionados con el sobrecoste de la discapacidad, así como las menores oportunidades de acceso a recursos educativos, laborales, etc⁷. Las limitaciones a la capacidad de las personas con discapacidad para trabajar conlleva un riesgo significativo de aislamiento y exclusión (p.ej. la trampa de las ayudas sociales); las limitaciones a las oportunidades de las personas con discapacidad para participar plenamente en la educación conlleva una desventaja significativa para su desarrollo personal. Si la renta media de los hogares con personas con discapacidad de menos de 65 años era de 1.433 euros/mes, en la media general de hogares sin discapacidad era un 25% superior (1.784 euros/mes)⁸.

El acceso de 12 nuevos Estados miembros de la Unión Europea en el año 2004 y 2007 incrementó el número de personas con discapacidad en el orden de 9 millones de personas. En la medida en que los estándares de vida en la

⁶ “La mitad de la población con discapacidad se encuentra por debajo del umbral de riesgo de pobreza, o pobreza relativa”. HUETE GARCÍA, A. “Pobreza y exclusión social de las mujeres con discapacidad en España”. 2013. Versión online en <http://www.cermi.es/es-ES/Biblioteca/Lists/Publicaciones/Attachments/315/CERMI%20Mujer%20Pobreza%20Exclusion.pdf>. Pág. 59.

⁷ HUETE GARCÍA, A. “Pobreza y exclusión social de las mujeres con discapacidad en España”. Ob. Cit. Pág. 42.

⁸ Colectivo Loé . Ed. Obra Social “La Caixa”. Colección Estudios Sociales. Nº 33. 2012. Pág. 40.

mayoría de los nuevos Estados miembros se encuentra sustancialmente por debajo de la media de la Unión Europea, esto implica que ahora un mayor número de ciudadanos de la Unión Europea con discapacidad vive en una situación precaria. No sólo incide en el análisis una mera cuestión demográfica, sino que, en la medida en que la posibilidad de tener lesiones invalidantes o problemas de salud duraderos durante largo tiempo se incrementa con la edad, la tendencia actual gira a un mayor incremento de la prevalencia de la discapacidad en la sociedad. En este contexto, el mantenimiento de las pensiones y las ayudas resulta una cuestión a abordar desde una posición claramente distinta a un enfoque exclusivo centrado en el funcionamiento del denominado Estado social o Estado del bienestar, desde un punto de vista estrictamente asistencial o médico-rehabilitador. Es por ello, que, a mi juicio, las cuestiones relacionadas con la discapacidad deben ser abordadas desde una perspectiva de derechos humanos.

Un reflejo del devenir de los derechos de las personas con discapacidad en paralelo al que vienen experimentando la categoría de los derechos humanos de forma genérica, es la creación de una categoría específica de derechos de las personas con discapacidad, como fruto de la fase de especificación de estos derechos. Como apunto un poco más adelante en este trabajo, los derechos de este grupo de personas con discapacidad sufre el mismo proceso evolutivo que los restantes derechos humanos y fundamentales, surgiendo grupos de personas con especiales necesidades a las que hay que dar solución. Es lo que BOBBIO engloba bajo el proceso de la justicia, en el que se produce un proceso de diversificación de lo diverso, o de unificación de lo idéntico⁹, habiéndose producido con especial relevancia, precisamente, en el ámbito de los derechos sociales¹⁰. Por otro lado, en el análisis del tema que analizo, surgen también ciertas connotaciones que permiten entender que se trata de un problema de justicia, en el sentido que apunta MILL de asociación en una simpatía reconocida de la que nadie queda excluido, sino en la que cabe todo el mundo sobre la base de la igualdad¹¹. Sólo desde la perspectiva de una sociedad inclusiva, pues hablarse de justicia.

⁹ BOBBIO, N. *“El tiempo de los derechos”*. Trad. R. de Asís. Ed. Sistema, 1991. Pág. 47.

¹⁰ Idem. Pág. 116.

¹¹ MILL, J.S. *“La esclavitud femenina”*. Artemisa ediciones. 2008. Pág. 180.

Todas estas cuestiones me obligan a reflexionar sobre la cuestión siguiente: ¿debemos entender los derechos que estudio, no obstante, como una nueva categoría de derechos?; a mi juicio, no. Sí se puede argumentar, no obstante, que, para que les sea otorgada la relevancia que precisan, estos derechos necesitan una labor de interpretación, que les dé un sesgo distinto a aquél con el que han sido tratados hasta ahora; con medidas de implantación o protección distintas, ya que los intereses en juego, la libertad e igualdad del individuo, son, muchas veces, distintos al habitual de un mero disfrute de esos mismos derechos por personas que no pertenecen a un colectivo vulnerable y en permanente riesgo de exclusión social, por ejemplo, como es el de personas con discapacidad.

Si, como se estudia en la teoría de los derechos humanos la determinación de un concepto y de un fundamento de los derechos resulta una tarea básica y afecta a la elaboración de un sistema de protección para los derechos, en el caso que me ocupa, resulta una cuestión de supervivencia de estos derechos en el seno del ordenamiento jurídico. La falta de desarrollo de un sistema eficaz de defensa de los derechos de este colectivo, resulta, a mi juicio, el fruto de una deficiente elaboración teórica desde la promulgación del texto constitucional, a la par que el fruto de una voluntad política excesivamente formalista. Voy, por lo tanto, a centrar el presente trabajo en el análisis de estos aspectos en el marco de las relaciones jurídicas de las personas con discapacidad, como una humilde contribución a la, entiendo, necesaria mejora de su marco legal de protección.

Si por justo se toma a quien, como manifiesta HOBBS¹², en sus acciones observa las leyes de su país, la experiencia de la sociedad española en relación con las personas con discapacidad, denota una gran injusticia, dado el largo historial de incumplimientos que este grupo social ha sufrido. Asimismo, es una cuestión de salud democrática, ya que el Estado democrático es el Estado fundado no ya sobre el derecho de subordinación, sino sobre el de integración¹³. El grupo de personas con discapacidad no puede vivir al margen de la vida social; le debe ser garantizada una vida en inclusión. Este objetivo

¹² HOBBS, T. *"Del ciudadano y Leviathan"*. Antología de Textos Políticos. Edición de Enrique Tierno Galván. Ed. Tecnos. 2013. Pág. 93.

¹³ BOBBIO, N. *"El tiempo de los derechos"*. Ob. Cit. Pág. 33.

debe resultar un axioma en la configuración de la sociedad actual; como recoge DE LORENZO en su informe al Club de Roma, cuando dice: *“...las nuevas encrucijadas a las que se enfrenta la Humanidad no están tanto en el plano del desarrollo económico y técnico como en el plano de las relaciones interpersonales, del descubrimiento de los otros y de la voluntad de compartir con ellos un destino común desde la diferencia de cada individualidad”*¹⁴.

La realidad, no obstante, va por otro camino, ya que a medida que se acrecienta el desarrollo económico, se produce una mayor marginación de determinados grupos sociales. Ello se ve claramente en el grupo humano de las personas con discapacidad; pese a que la LISMI fue promulgada en los años ochenta, no ha sido sino hasta fechas recientes que ha calado en la sociedad la necesidad de respeto de los especiales derechos que se atribuye a este grupo. La coercitividad de las normas que contenía esa Ley queda en entredicho por la falta de una clara conciencia de exigibilidad de estos derechos. Con un claro ejemplo de insolidaridad del resto de la comunidad, ha sido la propia labor de las entidades representativas de la discapacidad la que ha logrado alcanzar un consenso mínimo sobre el carácter imperativo de los derechos de este grupo social. Para ello, no ha obtenido un respaldo claro y objetivo por parte del poder político y judicial. Es por ello, que creo que la catalogación única de los derechos fundamentales, que propongo en este trabajo, resulta un imperioso anhelo de justicia; convencido de que, como manifiesta FERRAJOLI: *“De la libertad de pensamiento y de prensa a los derechos políticos, de la libertad personal a los derechos sociales, la efectividad de los derechos de la persona no está nunca garantizada de una vez por todas como graciosa concesión jurídica, sino que es siempre el efecto de cotidianas y a veces costosas conquistas”*¹⁵. En esta lucha, resulta evidente que no se puede contar con la colaboración del poder político; un ejemplo de ello es la aprobación en el año 2011 de la modificación del Art. 135 del texto constitucional para establecer que el pago de la deuda se encontraba en el eje del interés público y, por tanto, por encima de cualquier obligación social del Estado, lo que ha supuesto el desmantelamiento de nuestro modesto Estado

¹⁴ DE LORENZO, R. *“El Futuro de las personas con discapacidad en el mundo”*. Informe al Club de Roma. Fundación ONCE. 2003. Pág. 47.

¹⁵ FERRAJOLI, L. *“Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”*. Ed. Trotta. 2009. Págs. 944-945.

de Bienestar. Esta modificación del actual modelo social ha traído consigo que se acentúe la conciencia de que los derechos sociales se configuran, pues, como aquéllos que se crean en épocas de bonanza, y se suprimen en tiempos de crisis. Nunca más lejos de la realidad. Los derechos sociales resultan el barómetro de la salud democrática de una sociedad: cuando se suprimen los derechos de los grupos más desfavorecidos, una enfermedad grave se instala en ella. Éste es uno de los ejes que mantengo como hilo conductor a lo largo del trabajo.

La visión devaluada de los derechos sociales de las personas con discapacidad se ha mantenido a lo largo del tiempo por una connotación peyorativa que los enmarcaba en el ámbito de la pura beneficencia, vinculados con una situación de necesidad; respecto de la que se vertía la labor asistencial del Estado y las restantes Administraciones Públicas. En el momento actual, la vinculación de estos derechos con una catalogación como derechos humanos y, por ende, derechos fundamentales, obliga a modificar la percepción que de los mismos tienen los poderes públicos. Un contenido complejo, pero de virtualidad esencial para la garantía de la libertad e igualdad del grupo que analizo.

El título del trabajo lo he elegido, precisamente, para trasladar la idea de que el proceso no se encuentra concluso; existen todavía numerosas incertidumbres y peligros que acechan en el momento actual la plenitud de derechos de las personas con discapacidad, pese a lo que, en principio, pudiera aparentar.

Desde un punto de vista formal, se puede afirmar, que este trabajo contiene temas que en sí mismos considerados pueden ser desarrollados individualmente en una tesis separada. A mi juicio, los distintos puntos que desarrollo tienen virtualidad, sobre la base, no de un análisis exhaustivo de todos y cada uno de los temas que se abordan, sino por la aportación de unos parámetros doctrinales con los que se apoya la conclusión final del estudio.

El desarrollo de la investigación se lleva a cabo a lo largo de tres capítulos. En primer lugar, se abordan las palabras introductorias; en el primer capítulo, destaco la problemática o avances que se han producido en el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad a lo largo de un análisis por sectores; el grado de recepción de los derechos de las personas con

discapacidad en el momento presente, en cuanto antítesis. En el segundo capítulo, se analizan los elementos definidores de los derechos económicos, sociales y culturales, tanto desde el aspecto del concepto, como del fundamento, con el fin de despejar el estado de la cuestión; a modo de tesis, persigo profundizar en el análisis teórico de por qué se ha dado en el momento actual una recepción tan endeble de los derechos sociales en el ordenamiento jurídico. En un capítulo tercero, elaboro los obstáculos doctrinales que han impedido un desenvolvimiento pleno de una categoría integrada de estos derechos, así como los criterios que favorecen la tesis que planteo, como síntesis. Combino en la investigación un análisis del tema desde el punto de vista descriptivo, así como prescriptivo, formulando al final del Capítulo III una serie de propuestas para la mejor defensa de los derechos de las personas con discapacidad. Al final del trabajo incluyo unas conclusiones, mediante las que destaco las ideas fuerza que se extraen del desarrollo del estudio. Asimismo, acompaño un apartado específico sobre bibliografía.

Al inicio de esta introducción afirmaba que el contenido de este trabajo era el fruto de una experiencia personal y profesional, desde mi puesto de trabajo de asesor jurídico del Consejo General de la ONCE. De no haber sido por el empleo que desempeño, muy probablemente no hubiese tenido conocimiento de la situación en que viven las personas ciegas o con deficiencia visual grave o las personas con discapacidad en general en la sociedad actual. Por ello, he de agradecer a las personas de la ONCE su ejemplo; de cómo, gracias a una Organización como ella, pueden convertir día a día sus muchas capacidades en funcionalidades. Muy especialmente, mi agradecimiento al Secretario General del Consejo General de la ONCE, don Rafael de Lorenzo García, quien, en un día concreto de nuestra trayectoria común, supo alumbrar la inquietud intelectual que, mejor o peor, he intentado satisfacer en este trabajo.

CAPÍTULO I.- EL ESTADO DE LA CUESTIÓN: LA RECEPCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. Introducción

Existe una variada pléyade de estudios sobre lo que se denomina “*calidad de vida*”. En este mismo término se incluyen significados que varían desde las funcionalidades básicas en un lado, hasta el mero capricho en el otro. La diferencia estriba en que las primeras, que enlazan con la dignidad de la persona, llevan implícita la posibilidad de que un sujeto pueda adquirir las capacidades que le permitan diseñar y satisfacer un plan de vida; las segundas, nos avoca a la mera volubilidad y subjetivismo. En el presente capítulo, me centro exclusivamente en la referencia al primer término; es decir, en aquellos aspectos que permite a la persona con discapacidad desenvolver los elementos básicos de su personalidad; el fortalecimiento de las capacidades relacionadas con la gama de funcionalidades que una persona puede ser y hacer en su vida¹⁶. Es por ello, que he atribuido como título del capítulo “*El estado de la cuestión*”; pretendo dar una imagen, a mi juicio real, de la aplicación práctica de los derechos de las personas con discapacidad, y las dificultades que este grupo tiene para disfrutar de una vida con calidad y dignidad humanas.

Se podría pensar que, sobre la base de la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico y los preceptos constitucionales que amparan los derechos de las personas con discapacidad, éstos hubiesen quedado perfectamente protegidos. No obstante, ésta no es la situación real.

Son numerosos los casos que, en la práctica, puedo elegir como reflejo de esta situación. Si analizo, por ejemplo, un conjunto de normas de reciente creación en el ordenamiento como el derecho del consumo, a mi juicio paradigmático, las previsiones sobre este grupo de personas han sido y son

¹⁶ De acuerdo con DE LORENZO, quien recoge la cita del Informe sobre Desarrollo Humano 2000, elaborado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, esta idea coincide con el bienestar humano. DE LORENZO, R. “*El Futuro de las personas con discapacidad en el mundo*”. Ob. Cit. Pág. 72.

casi inexistentes. Hasta ahora en el acceso de las personas con discapacidad al mercado de bienes y servicios, no se les ha visto como un consumidor más; no han sido tenidos en cuenta tradicionalmente ni como personas con un proyecto de vida para el que precisan contar con productos accesibles para ellos, ni como grupo de la población con una fuerte capacidad de compra. Se podría pensar que los derechos de un colectivo con especiales necesidades y en riesgo de exclusión podrían quedar amparados por la fuerza coercitiva del derecho de consumo en esta nueva rama, y traducirse en la comercialización en el mercado de productos que cumplieran con las condiciones de accesibilidad que precisasen para su uso; evidentemente esto no ha sido así.

Centrándome en un punto de vista estrictamente jurídico, aparte de la dificultad doctrinal de ver en el derecho de consumo una rama independiente del ordenamiento jurídico, en el que sólo razones didácticas han llevado a agrupar bajo una misma sistemática a toda una diversidad de disposiciones¹⁷, y en el que hubiesen podido ser acogidas las especiales sensibilidades que genera la existencia de grupos diversos de personas, la fuerza de los hechos entiendo que me da la razón. La recepción de los derechos de las personas con discapacidad no ha resultado nunca automática, sino que ha debido ser el resultado de un proceso en el que ha debido soportar una carga de responsabilidad esencial el propio movimiento asociativo que representa la defensa de los derechos de las personas con discapacidad. Ciñéndome al ámbito del consumo, como apunta el Tribunal Constitucional, *“La defensa del consumidor y, por pareja razón, el mercado interior es, sin embargo, un concepto de tal amplitud y de contornos imprecisos que, con ser dificultosa en ocasiones la operación calificadora de una norma cuyo designio pudiera entenderse que es la protección del consumidor, la operación no resolvería el problema, pues la norma pudiera estar comprendida en más de una de las reglas definidoras de competencias”*¹⁸. Este rango devaluado del Derecho de consumo ha traído importantes consecuencias en general y, muy especialmente, al colectivo de personas con discapacidad, cuyos intereses se

¹⁷ BOTANA GARCÍA, G y RUIZ MUÑOZ, M. *“Curso sobre Protección Jurídica de los consumidores”*. Ed. McGraw Hill. 1999. Pág. 21.

¹⁸ STC 71/1982, fundamento jurídico 2.º.

han encontrado muy frecuentemente lesionados¹⁹. Si el respeto de los derechos del colectivo de consumidores y consumidoras resulta muchas veces mínimo, se puede fácilmente imaginar la situación en que se puede encontrar la de un grupo social que representa el 15% de la población total. La reducción del mercado que conlleva esta exclusión, frente a lo que se considera el consumidor o consumidora normalizados, no ha facilitado que se produjeran bienes y servicios adaptados a sus necesidades, lo que ha generado una situación grave de exclusión social. Por otro lado, tampoco el cuerpo normativo ha exigido que se subsane esta situación, dejándose llevar de forma inexplicable por una supuesta libertad de mercado. Estas conclusiones resultan especialmente notorias en sectores como el mercado de las tecnologías, que, como analizo más adelante en el apartado de la sociedad de la información, está dejando completamente de lado a las personas con discapacidad, al incorporarse al mercado tecnologías completamente inaccesibles para determinados grupos de personas con discapacidad.

Estos ejemplos reflejan que en nuestra sociedad hay personas que no disfrutan en su vida diaria de iguales derechos que el resto de ciudadanos y ciudadanas, y que no pueden desenvolver las potencialidades de su vida en plenitud. Esta situación, sin duda, contribuye de forma negativa a otorgar una presencia más reducida de este grupo en la sociedad y les impide llevar una vida normalizada en su seno. Es un ejemplo claro de cómo las personas con discapacidad han sido situadas por la sociedad estandarizada en un espacio social especialmente creado para ellas, donde no resultan sujetos plenos de derechos. Se olvida que, como apunta KANT las personas no son meros fines subjetivos cuya existencia tiene valor para nosotros como efecto de nuestra acción, sino que constituyen fines objetivos, es decir, elementos cuya existencia supone un fin en sí mismo; por la vía que desarrolla el filósofo alemán, este aserto constituye un principio objetivo de la voluntad y puede servir como ley práctica universal²⁰. Esta norma universal, o imperativo

¹⁹ “la ausencia de las personas con discapacidad de nuestra vida económica y empresarial ha supuesto una pérdida incalculable”. LÓPEZ ÁLVAREZ, P. “La igualdad de trato de las personas con discapacidad en la Unión europea” en VVAA. “2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España”. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna. Ed. Cinca. 2012. Pág. 133.

²⁰ KANT, I. “Fundamentación para una Metafísica de las Costumbres”. Alianza Editorial. 2002. Pág. 115.

categorico haciendo uso de la nomenclatura que utiliza el filósofo alemán, tiene una gran significación para el análisis del tema que estudio; la persona, su proyecto de vida, debe resultar protegido con medidas eficaces, sin quedar como una mera declaración de principios. Toda lesión a la libertad de estas personas iría en contra del imperativo indicado, pues quien conculca los derechos del hombre está decidido a servirse de la persona de otros simplemente como medio²¹.

Es por ello que, a mi juicio, debe hablarse de derechos fundamentales de las personas con discapacidad; no sólo ello es el resultado de una deuda histórica que tiene la sociedad con este grupo ante la constante violación de sus derechos, sino que el propio ejercicio de estos derechos exige del poder legislativo, el resto de poderes públicos, y la propia sociedad civil, una conducta que favorezca el disfrute de los derechos mismos. Se puede pensar que un derecho es un derecho por encontrarse previsto en una ley, pero pronto se aprende que no es así. Resulta preciso abolir ciertas barreras físicas, conductuales, modales, que dificultan o impiden el disfrute de plenos derechos por parte de estas personas; la adopción de conductas y acciones positivas específicas que permitan la exacción de estos derechos. Esto sólo será posible desde una catalogación de estos derechos como fundamentales.

Un ejemplo de ello es la participación de las personas con discapacidad como sujetos en la relación jurídica de consumo, ya apuntada; un sector de la economía que ha dado la espalda de forma permanente a estas personas, en aras a una estandarización de los artículos de consumo. De la misma manera que las Administraciones verifican que los artículos de consumo no resultan perjudiciales para la salud, o superan determinados controles de calidad, deberían exigir que resulten accesibles para la mayoría de consumidores y consumidoras, incluyendo las personas con discapacidad. La interrelación de la condición de persona con discapacidad y sujeto de consumo ha sido puesta en relieve por la Comunicación de la Comisión de la UE al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones *“Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad”*²² de 12 de mayo de 2000 en su apartado 2.3, en el que se pone

²¹ Idem. Pág. 117.

²² COM/2000/0284. Pág. 8.

de manifiesto la decisión de la Comisión de dar un nuevo impulso a su estrategia en materia de discapacidad —un planteamiento que se basa en la persona como titular de derechos—, destacando algunos planteamientos estratégicos y acciones clave, como la necesidad de alcanzar una coordinación más estrecha entre aspectos afines en los ámbitos del empleo, la educación y la formación profesional, el transporte, el mercado interior, la sociedad de la información, las nuevas tecnologías y la política de los consumidores; igualmente, en su apartado 3.2, en el sentido de considerar la accesibilidad como un instrumento de protección de los derechos de los consumidores y consumidoras, y el 3.5, con una serie de acciones con el fin de proteger a los consumidores y consumidoras con discapacidad en el mercado. A ello ha contribuido de forma negativa la falta de visibilidad de este grupo social; la propia sociedad, imbuida de esa estandarización, desconoce todo sobre estas personas. A veces, prefiere incluso ignorar su presencia.

Resulta preciso un cambio de mentalidad social y reconocer a este grupo social como sujeto pleno de derechos; reconocer asimismo el potencial como sujetos de consumo que tienen. En este proceso, tal como destaca el profesor DE ASÍS ROIG, la consideración de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos exige cambios en la teoría de los derechos, replanteándonos dos de sus grandes principios, la dignidad humana y la igualdad, situando en un plano fundamental a la accesibilidad universal, reflexionando sobre el papel de la cultura y de las demandas culturales, replanteándonos la consideración de los derechos de las personas con discapacidad como derechos sociales, tomándonos en serio la vigencia de los derechos en las relaciones entre particulares, replanteándonos la consideración de la discapacidad en el ámbito de las competencias autonómicas y estatales, etc..., y en la propia reflexión sobre la discapacidad (replanteándonos el papel de la autonomía y la responsabilidad)²³.

Al mismo tiempo, debe producirse un cambio de conciencia social; los consumidores y consumidoras en particular, deberían traer a sus hábitos de consumo una conducta moral y responsable socialmente, decantándose en su

²³ DE ASÍS ROIG, R. “*Concepción de la discapacidad en el modelo social: Críticas y éxitos*”. Conferencia impartida en la VII Jornada FEKOOR. Bilbao. 17.06.2014. Pág. 2. Disponible en internet en dominio <http://www.fekoor.com/noticias/2014-06-18/jornada-fekoor-sintesis-ponencias.html>. Consulta 10.07.2014.

decisión de adquisición de bienes y servicios por aquellas empresas que presentan en sus comportamientos empresariales un ejemplo de responsabilidad social corporativa, reconduciendo sus preferencias como usuarios y usuarias a estas compañías que destacan por su excelencia. Porque el reconocimiento de los derechos de este grupo social no puede ser una mera reacción individual, sino un esfuerzo colectivo; un proceso al final del cual la sociedad se verá reforzada en una profundización democrática, al no quedar nadie excluido en la construcción del entorno social²⁴. A ello contribuye decididamente la Propuesta de Directiva aprobada por el Parlamento Europeo el 15 de abril de 2013, sobre divulgación de información no financiera y de diversidad por parte de grandes empresas y grupos, por la que las organizaciones de más de 500 empleados tendrán que reportar sobre asuntos medioambientales, sociales y de buen gobierno. Su punto de partida han sido dos resoluciones adoptadas el 6 de febrero de 2013 por el Parlamento Europeo, denominadas «Responsabilidad social de las empresas: comportamiento responsable y transparente de las empresas y crecimiento sostenible» (A7-0017/2013, de 28 de enero de 2013) y «Responsabilidad social de las empresas: promover los intereses de la sociedad y un camino hacia la recuperación sostenible e integradora» (A7-0023/2013, de 21 de enero de 2013), en las que reconoce la importancia de la transparencia de las empresas en materia medioambiental y social. En la última (ap.11), figura expresamente la discapacidad como uno de los indicadores objetivos sobre los que deberían informar las empresas para garantizar que la aplicación de la nueva estrategia de la UE sobre responsabilidad social de las empresas promueva los intereses de la sociedad en toda su diversidad, el respeto de los derechos humanos y los esfuerzos hacia una recuperación y un progreso sostenibles e integradores.

Como declara MONTESQUIEU la sociedad es la unión de los hombres, no los hombres en sí²⁵. Conforme con esta afirmación, en el análisis del contenido

²⁴ Una iniciativa de esta naturaleza se ha adoptado por el Consejo de Gobierno del GRI (Global Reporting Initiative), que presenta el estándar más usado en el mundo para la elaboración de informes de responsabilidad social corporativa o empresarial (RSC o RSE), que acordó el pasado mes de septiembre de 2013 en Ámsterdam (Holanda) la inclusión de indicadores de discapacidad para que las empresas las incluyan en sus memorias de sostenibilidad. “Todas las empresas y organizaciones del mundo que pasen por el filtro de GRI van a tener que contar con los derechos de las personas con discapacidad para evaluarse”. Canal CEOSA, nº 53. 01.11.2013. Disponible en internet: <http://nuevo.canal.ceosa.org/noticia/ENTREVISTA-A-FERNANDO-RIANO-EN-CERMI-ES.aspx>.

²⁵ MONTESQUIEU. “*Del Espíritu de las Leyes*”. Alianza Editorial. 2012. Pág. 189.

de los derechos humanos debe tenerse en cuenta de qué manera éstos se amalgaman y contribuyen a la creación de una armonía social y no, exclusivamente, desde el punto de vista de la titularidad individual y asignación de derechos. Facilitaría este fin, a mi juicio, la incorporación de la discapacidad en las nuevas normas de Gobierno Corporativo, tal como ha sido demandado por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) al Ministerio de Economía y Competitividad, acogiendo así las propuestas formuladas por la Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo²⁶. Todos los operadores sociales y económicos deberían mostrar interés en constituir una sociedad homogénea, en la que ningún aspecto social pueda conllevar excluir a una persona de su participación activa en ella.

Otro aspecto a tener en cuenta desde la perspectiva de los derechos, es el de que, como reconoce la definición de discapacidad que he indicado en la introducción al presente trabajo, en numerosos casos, las barreras que se generan contra este colectivo son de tipo social, siendo esta circunstancia especialmente visible en la interacción personal, es decir, en las relaciones sociales; es precisamente en este escenario, en el que más de un 40% de la población percibe discriminación, reconoce más situaciones en que ésta se produce²⁷. Paralelamente, este grupo social sufre una diferencia de trato directa; según el profesor HUETE: *“las personas con discapacidad se enfrentan a costes adicionales que se pueden presentar en forma de gastos suplementarios en la adquisición de los bienes y servicios generales (por ejemplo, tener que gastar más en transporte por necesitar un taxi adaptado para los desplazamientos), o de gastos en bienes y servicios específicamente relacionados con la discapacidad, tales como las ayudas técnicas y productos de apoyo, las adaptaciones del hogar dirigidas a mejorar su accesibilidad, o la contratación de asistencia personal. La discapacidad supone también importantes costes de oportunidad para la propia persona con discapacidad, que tiene que dedicar un tiempo extra a atender sus necesidades y ve limitadas sus posibilidades de obtención de empleo y de generación de ingresos. Por*

²⁶ Noticias CERMI. 22.10.2013. Disponible en internet en <http://www.cermi.es/es-ES/Noticias/Paginas/Inicio.aspx?TSMEIdNot=4768>

²⁷ HUETE GARCÍA, A, *“La discriminación percibida por las personas con discapacidad. Análisis de la situación a partir de la EDAD 2008”*. En VVAA. *“2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España”*. Ob. Cit. Pág. 35.

*ello, la renta media de las personas con discapacidad suele encontrarse por debajo de la renta media del conjunto de la población (INE, 2012). La discapacidad genera también costes de oportunidad menos tangibles, pero no por ello menos importantes, por su repercusión en la calidad de vida de las personas con discapacidad y sus familias (envejecimiento prematuro, estrés y sobrecarga del cuidador, etc.)*²⁸.

Sólo hasta fechas muy recientes, se ha empezado a tener en cuenta las especiales necesidades de las personas con discapacidad, fundamentalmente, en nuestro país, por la vía de la suscripción de convenios institucionales entre las entidades del movimiento asociativo y los operadores económicos. Afortunadamente, en el momento actual la situación empieza a revertir. Un paso adelante en este proceso de evolución es la propuesta de formación de un Derecho de la discapacidad, ante la falta de respuesta de las fuentes tradicionales del ordenamiento jurídico a las especiales necesidades de este colectivo²⁹. Este paso constituye un avance importante, no obstante, no se puede ignorar que parte de las dificultades para la normalización social de las personas con discapacidad surgen del propio ordenamiento jurídico; preceptos con una enunciación deficiente desde el punto de vista sistemático, que ha dado pie a que el propio Tribunal Constitucional no considere que de los derechos contenidos en el Capítulo III del Título I emanen auténticos derechos subjetivos, como reflejan, entre otras, la sentencia 199/1996, de 3 de diciembre, referida al derecho de medio ambiente, en el que el Tribunal Constitucional lo enuncia como un mero principio³⁰.

Las personas con discapacidad son un ejemplo de un grupo de personas en riesgo de exclusión que se encuentra ante un claro problema estructural de defensa de sus derechos. Éstos se encuentran recogidos en una

²⁸ HUETE GARCÍA, A. “Pobreza y exclusión social de las mujeres con discapacidad en España”. 2013 Versión online en <http://www.cermi.es/es-ES/Biblioteca/Lists/Publicaciones/Attachments/315/CERMI%20Mujer%20Pobreza%20Exclusion.pdf>. Pág. 16.

²⁹ En este sentido, DE LORENZO GARCÍA, R. “Los contornos del derecho de la discapacidad” en PÉREZ BUENO, L.C. (director). “Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo”. Ed. Fundación Academia Europea de Yuste. Aranzadi-Thomson Reuters. 2009. Pág. 63.

³⁰ “Sin embargo, no puede ignorarse que el art. 45 de la Constitución enuncia un principio rector, no un derecho fundamental. Los Tribunales deben velar por el respeto al medio ambiente, sin duda, pero de acuerdo con lo que dispongan las leyes que desarrollen el precepto constitucional (art. 53.3 CE, SSTC 32/1983, fundamento jurídico 2.º, 149/1991, fundamento jurídico 1.º, y 102/1995, fundamentos jurídicos 4.º-7.º)” (FJ 3º).

normativa, destacadamente bajo el principio de no discriminación; no obstante, el análisis tradicional de su situación que se ha efectuado desde la beneficencia, combinado con una escasa conciencia sobre su consideración como derechos humanos en las instituciones públicas, se encuentran tan arraigados que resulta razonable reclamar que los derechos de las personas con discapacidad no se encuentran debidamente protegidos³¹.

Es por ello que, partiendo de la conciencia de la escasa recepción de los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento, en el seno de un sistema jurídico en el que, hasta fechas recientes, ellas no han empezado a encontrar respuestas al anhelo de satisfacción de sus derechos, es por lo que me pregunto si esos derechos no han existido siempre ahí, a nuestra mano, y no ha sido hasta que se ha implantado en plenitud el denominado “*modelo social*” de la discapacidad con una más profunda conciencia de las especiales necesidades de este colectivo, cuando se ha iniciado la senda del respeto a sus derechos. Un modelo en virtud del cual nos aproximamos a este grupo social, y en cuyo seno la persona pasa de objeto a sujeto³²; de objeto de una atención con la que paliar unas limitaciones, a sujeto de un proyecto de vida conforme a sus capacidades. Un modelo en el que el tratamiento de la discapacidad pasa de lo individual a lo colectivo: la cuestión no es tener una discapacidad, sino la desventaja que esa situación comporta en el ámbito social en el que la persona se integra³³. Para DE ASÍS ROIG, el modelo social es descrito mediante postulados como: 1) un enfoque desde un punto de vista normativo consistente el de los derechos humanos; 2) la discapacidad como una situación en la que se encuentran las personas y no un rasgo individual de las mismas; 3) la discapacidad tiene un origen social, por lo que las medidas destinadas a satisfacer los derechos de estas personas deben tener como principal destinataria a la sociedad en general; 4) la política normativa en el ámbito de los derechos de las personas con discapacidad debe moverse en el plano de la igualdad y la no discriminación y, dentro de este, en

³¹ CONSEJO INTERNACIONAL PARA LA POLÍTICA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS (ICHRP). “*Human Rights Standards. Learning from experience*”. Versoix (suiza). 2007. Disponible en el sitio <http://www.ichrp.org/es>. Pág. 19.

³² DE LORENZO, R. “*El Futuro de las personas con discapacidad en el mundo*”. Ob. Cit. Pág. 73.

³³ CABRA DE LUNA, M.A. “*Un nuevo contexto para la efectividad de los derechos de las personas con discapacidad*”. En PÉREZ BUENO, L.C. (director). “*Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*”. Ob. Cit. Pág. 182.

el ámbito de la generalización de los derechos³⁴. Estos son, ciertamente, los parámetros en los que me voy a mover para extraer las conclusiones que formulo al final del trabajo.

Si el colectivo que estudio se encuentra a merced de las feroces reglas de mercado, sin que éste tenga una especial sensibilidad hacia sus quejas y es, precisamente, el entorno social un instrumento generador de situaciones de discriminación, como he indicado, me hago las siguientes preguntas: ¿cuál es la causa real de esta situación? y ¿cuáles los instrumentos para solucionarla? Evidentemente, a mi juicio, la solución pasa por la necesidad de un cambio de modelo de atención para las personas con discapacidad, en el que el modelo médico o rehabilitador sea sustituido por el modelo social de forma plena³⁵.

Percibiendo esta dificultad, entiendo que el instrumento correcto de defensa de este grupo de ciudadanos y ciudadanas no es la lectura de sus derechos en clave de derechos de ciudadanía, en cuanto derechos universales y generalizados, sino en el marco de los derechos fundamentales, como voy a desarrollar en el presente trabajo. Se corre el riesgo, aparte de los avances legislativos que se han obtenido, de generar un nuevo impasse social que deje “congeladas” las reformas introducidas por la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad, adoptada en virtud de Resolución aprobada por la Asamblea General de la ONU en su 76ª sesión plenaria de fecha 13 de diciembre de 2006, que ha sido ratificada por el Estado español, tanto el texto de la Convención como su Protocolo adicional (BOE de fecha 21 y 22 de abril de 2008), a la que me dedicaré en extenso más adelante. En el artículo 7.2 del TRDPCDYS, son sólo las administraciones públicas las obligadas a hacer efectivo el derecho a la igualdad, promoviendo las medidas necesarias para que el ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos de las personas con discapacidad sea real y efectivo en todos los ámbitos de la vida. En este

³⁴ DE ASIS ROIG, R. “*Sobre discapacidad y derechos*”. Ed. Dykinson. 2013. Págs. 16-17.

³⁵ Existe varios ejemplos de discriminación indirecta. Por ejemplo, en el ámbito de las evaluaciones de discapacidad. A las personas sordas, aún en los casos de sorderas severas y profundas, no se les reconoce un grado de discapacidad superior al 33%. Esta calificación les veda el acceso a numerosas prestaciones, ya que para acceder a ellas, se exige un grado igual o superior al 65%. Esta concepción de la discapacidad que respondía a la línea directriz fijada por la LISMI (art. 7), ha sido superado por el nuevo modelo social que recoge la Convención.

aspecto, el poder legislativo ha resultado ser poco ambicioso, dado que si, como ya estableció la Convención de Naciones Unidas, la discapacidad es una cuestión de derechos humanos, las obligaciones de respeto de éstos y remoción de obstáculos para hacerlas efectivas, incumben no sólo a los poderes públicos, sino también a los entes privados. Sólo cuando se culmine este proceso y se incorporen los operadores privados al reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, se podrá decir que, en efecto, el modelo social de atención a estas personas ha quedado finalmente implantado.

2. Conceptos previos

Mediante el presente apartado pretendo incluir en el trabajo precisiones sobre determinados conceptos que van a ser utilizados tanto en este capítulo, como en los sucesivos. Entiendo que este aporte resulta básico para precisar el alcance y significación de aquéllos, de tal modo que luego no origine controversia alguna su utilización en el desarrollo lógico de los capítulos correspondientes. Éste ha sido inicialmente el motivo que me ha animado a introducir un apartado como el presente; puede que surjan dudas iniciales sobre la pertinencia de su ubicación sistemática en el texto y su justificación, sin embargo, cuando he acometido su desarrollo, me he dado cuenta de que estos mismos conceptos aportaban argumentos al eje de la tesis que presento. Esta precisión destaca, sobre todo, en el desarrollo de una institución como los *“ajustes razonables”*, a la que dedico un apartado; resulta ser una institución que entronca, por su exclusividad, con el concepto de DESC, por quedar vinculada en su origen con determinados colectivos en riesgo de exclusión. Analizando con detalle su desarrollo y eficacia, veo cómo sitúa su importancia y virtualidad en el ámbito de los derechos fundamentales, y, por lo tanto, cómo incide en su régimen de garantías y su defensa contra las situaciones en las que es posible que se genere un trato discriminatorio. De igual manera, los restantes conceptos; todos ellos ilustran de forma transversal los temas que analizo en los demás capítulos, pues guardan relación con el eje de los derechos sociales de las personas con discapacidad.

2.1. Autonomía

La autonomía ya figuraba en los estoicos para quienes el sabio era quien se aseguraba los bienes internos, despreciando los externos, logrando ser lo que Séneca definió como *“artífice de la propia vida”*. Aquí se encuentra el rudimento de la libertad como autonomía que se encuentra en la obra de San Agustín y, más adelante, en la de Kant. El filósofo alemán ve en la autonomía el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda la naturaleza racional³⁶; entendiendo la autonomía de la voluntad la modalidad de ésta, conforme a la cual ella es una ley para sí misma³⁷. Partiendo de la idea de que la voluntad de una inteligencia es libre, la autonomía es un corolario necesario por ser condición formal bajo la cual puede ser determinada la voluntad³⁸.

La búsqueda de la autonomía de cada individuo ha de resultar un valor garantizado por el ordenamiento jurídico, ya que conecta con el valor de la dignidad humana y el concepto de libertad; es el eje del valor moral que se encuentra inserto en la idea de derechos humanos. La dignidad se predica de todo ser humano por el hecho de serlo, y conlleva la capacidad para la toma de decisiones por sí mismo, para la realización de su propio proyecto de vida. Ese anhelo no puede ser llevado a cabo sin una garantía de autonomía personal. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 132/1989, de 18 julio, en la que afirma: *“Para resolver esa cuestión ha de partirse forzosamente del art. 1.1 del Texto constitucional, que consagra la libertad como «valor superior» del ordenamiento jurídico español, lo que implica, evidentemente, el reconocimiento, como principio general inspirador del mismo, de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias...”*(FJ 6º). Para BOBBIO por autonomía se debe entender la forma de libertad positiva, que desarrollo en otro capítulo de este trabajo, a la que llama también autodeterminación, en la medida en que en la definición se hace referencia no tanto a lo que hay, sino en lo que falta para desprenderse de la dependencia respecto de las decisiones de los otros³⁹. Éste resulta un aporte esencial, dado que consolida un concepto de autonomía integral, constituido no sólo por las

³⁶ KANT, I. *“Fundamentación para una Metafísica de las Costumbres”*. Ob. Cit. Pág. 125.

³⁷ Idem. Pág. 131.

³⁸ Idem. Pág. 161.

³⁹ BOBBIO, N. *“Igualdad y libertad”*. Ed. Paidós. 2000. Págs. 100-101.

características endógenas del concepto, sino también en función de las relaciones con el resto de los demás agentes del entorno social. Cuestión esta básica para entender la configuración presente de los DESC como derechos fundamentales.

El ámbito en el que se manifiesta la autonomía del individuo resulta único, es decir, es el individuo quien debe resultar autónomo en todo caso, dentro de su única esfera personal; no obstante, cuando se profundiza en el estudio de este concepto, resulta frecuente discernir un ámbito de autonomía moral y otro de autonomía física, por lo que, tradicionalmente, el primero se vincula al segundo, lo que se ha traducido frecuentemente en un campo abonado para generar conductas discriminatorias. Según este criterio, sólo se puede ser autónomo si se dispone de autonomía física. Este es el caso de la regla general que se ha seguido en nuestra tradición jurídica respecto de los procesos de incapacitación, en cuyo seno se producía habitualmente una sustitución en pleno por una tercera persona de la capacidad jurídica del individuo, ante la limitación funcional que éste presentaba, y sin consideración de las capacidades que perduraban en aquél. Muchas de las mujeres y hombres que han perdido su autonomía física no han perdido su autonomía moral y mantienen intacta su capacidad de decisión incluso cuando no pueden hablar o no pueden mover ninguno de sus miembros⁴⁰. PALACIOS y ROMANACH estiman en un 80% el colectivo de personas con diversidad funcional con una libertad moral plena, frente a un 20% que no la tienen⁴¹. Por ello, el criterio mayoritario seguido por la Administración de Justicia en relación con las sentencias de incapacitación resulta claramente discriminatorio, en cuanto que, en relación con un derecho fundamental como la libertad de las personas, se toman decisiones que afectan al 100% de los miembros de un colectivo, sobre la base de la experiencia adquirida en relación con un grupo escaso del 20%.

Estas cifras permiten colegir que, hasta la fecha, la autonomía de este grupo de personas se encontraba claramente cercenada, por cuanto se debería

⁴⁰ Este análisis se efectúa en PALACIOS, A y ROMANACH, J. *“El modelo de la diversidad”*. Ed. Diversitas.2006. Pág. 126.

⁴¹ Idem. Pág. 127.

haber entendido que no se pierde la autonomía personal, la capacidad de autogobierno, por la circunstancia de que, en determinados momentos, se precisen apoyos de terceras personas; no por ello se deja de ser autónomo. Como reconoce el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de septiembre de 2009, de Pleno, y reitera la de 1 de octubre de 2012 (Recurso de Casación núm. 262/2012): *“...la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado...”* (FD 2º). La del mismo Tribunal de 24 de junio de 2013 (Recurso de Casación núm. 1220/2012), que declara que: *“...la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, sus habilidades, tanto en el ámbito personal como familiar, que le permiten hacer una vida independiente, pueda cuidar de su salud, su economía y ser consciente de los valores jurídicos y administrativos, reconociendo y potenciando la capacidad acreditada en cada caso, más allá de la simple rutina protocolar evitando lo que sería una verdadera muerte social y legal que tiene su expresión más clara en la anulación de los derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocidos en la Convención”* (FD 2º).

Son varias las dimensiones que adquiere la autonomía de una persona: 1) en cuanto oportunidad del agente para ejercer su capacidad de elección; 2) en cuanto capacidad de elección. A esta distinción responde la tradicional diferenciación en nuestro ordenamiento de capacidad jurídica y capacidad de obrar. La primera nace con la adquisición por las personas físicas de la personalidad (art. 29 Código Civil); la segunda, sólo se ostenta si no existe causa de inhabilidad alguna. Por ello, en los supuestos en que una persona no tiene titularidad de la capacidad de obrar, el sujeto no tendría capacidad de elección, pero sí ostentaría la titularidad del derecho a una oportunidad para ejercerla. Por ello, en cualquier caso, incluso en supuestos de la más absoluta pérdida de facultades por una persona, subsistiría una de las dos manifestaciones de autonomía, que acabo de indicar. Este concepto significa para MARTÍNEZ DE PISÓN la ausencia de poderes arbitrarios que interfieran o

restringan la capacidad individual de decidir y de actuar⁴². Esta definición resulta importante, dado que introduce el elemento de la arbitrariedad, básico para analizar la situación de las personas con capacidad limitada por algún concepto; es decir, la intervención no se prohíbe, sino que debe restringirse aquélla que resulte arbitraria. La arbitrariedad actúa por esta vía como punto de partida o de llegada; es decir, como elemento que configura la intervención en la esfera de libertad del individuo, o como condición para la imposición de determinadas condiciones que la restrinjan. Sólo estará justificada y resultará no arbitraria aquella medida que resulte justificada en función de las condiciones personales del individuo. Este análisis resulta básico para la calificación del sistema de apoyos personales a los que voy a hacer referencia un poco más adelante en este trabajo.

Destacada ahora la importancia que tiene para el individuo el reconocimiento de su propia autonomía, voy a analizar la recepción de este principio en el contexto normativo. Este derecho figura en la Carta Social Europea (Revisada), texto aprobado por el Consejo de Europa el 3 de mayo de 1996, que recoge en su artículo 15, bajo el epígrafe *“Derecho de las personas minusválidas a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad”*, un párrafo inicial en el que declara la garantía a las personas con discapacidad del ejercicio efectivo del derecho a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad. En una interpretación conjunta de ese párrafo se podría entender que esos conceptos dependen el uno del otro; es decir, no hay autonomía personal sin que se produzca su inclusión en la sociedad, a través de la participación plena en la vida de la comunidad; conclusión que coincide con la postura que mantengo en mi trabajo. No obstante, resulta más destacada la redacción del párrafo en cuanto al sentido de declararse su garantía, como una obligación a asumir por los Estados firmantes. Lo cierto es que, ya sea por figurar en el texto este término u otros motivos que desconozco, la Carta no ha sido ratificada por el Estado español, por lo que sigue en vigor el texto de 1961. En éste el concepto autonomía se encuentra presente, pero sólo de forma indirecta en el artículo

⁴² MARTÍNEZ DE PISÓN, J. *“Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales”*. Ed. Tecnos. 1998. Pág. 169.

14, en el que declara que la finalidad del sistema de servicios sociales es *“contribuir al bienestar y desarrollo de los individuos y de los grupos en la comunidad, así como a su adaptación al medio o entorno social”* (artº 14.1).

En precedentes legislativos del ordenamiento jurídico español ya se definía este atributo de la personalidad humana; de forma específica, figura en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE 15 diciembre 2006, núm. 299). En su artículo 2.1 contiene una definición de autonomía, como: *“la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria”*. La toma de postura del legislador no resulta transversal, como reza en su articulado (art.3.d), ya que, por ejemplo, destina los apoyos para la autonomía personal: a las personas con *“discapacidad intelectual o mental”* (art. 2.4). Resulta, por lo tanto, una visión parcial de la autonomía de la persona, lo que refleja un claro defecto de técnica legislativa.

Esta situación se ha visto subvertida en el ordenamiento jurídico interno español mediante la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, ya que en el texto se instituye el derecho a la vida independiente y a la prestación de asistencia personal como herramienta para lograr la autonomía y autodeterminación personal. El eje de la acción que impregna el texto convencional es su art. 12, en el que se adopta el modelo denominado *“social de discapacidad”*, conforme al cual las personas que resulten afectadas por la modificación de su capacidad, han de disponer de los apoyos o de la asistencia necesaria para la toma de decisiones concretas, de tal modo que no se les prive de su capacidad de forma absoluta. Como recoge la Instrucción del Fiscal General del Estado nº 3/2010, sobre *“La necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas”*: *“La aplicación de este modelo constituye un reto en el ámbito de la legalidad vigente, pues supone, no sólo la aproximación de los tradicionales conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar, sino que incide en la expresada regulación sustantiva y procesal sobre la capacidad de*

las personas, basada en la figura tradicional de la incapacitación y en el sistema tutelar como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar. Ahora se opta por una nueva herramienta que se sustenta en un sistema de apoyos, el cual se proyecta sobre las circunstancias específicas de la persona con discapacidad en relación con el acto o negocio concreto que se ha de realizar”.

La proyección de la Convención en este aspecto de los derechos de las personas con discapacidad resulta crucial, dado que se traduce en que se parte de la capacidad de obrar de las personas afectadas por una causa concreta, resultando limitados los efectos que produce ésta. Resulta básico para el grupo social que es objeto de este estudio garantizar la capacidad individual en la toma de decisiones sobre aspectos esenciales para la vida de estas personas; el desenvolvimiento de una esfera digna de capacidad jurídica. En consonancia con este principio, será propio, pues, de una persona autónoma la fijación de un plan de vida, para el que deba llevar a cabo acopio de recursos intelectuales y materiales, por medio de los cuales satisfará las necesidades que surjan. Algunas de estas necesidades resultarán el producto de la propia actividad que acomete el individuo, otras lo serán de las que surgen del entorno social en el que el individuo desarrolla su actividad. Para todas ellas, el principio básico a garantizar, conforme dispone el artículo 6 del TRDPCDYS es el de libertad en la toma de decisiones. Conforme enuncia el apartado 2 de ese mismo artículo: *“2. Las personas con discapacidad tienen derecho a la libre toma de decisiones, para lo cual la información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados y de acuerdo con las circunstancias personales, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño universal o diseño para todas las personas, de manera que les resulten accesibles y comprensibles. En todo caso, se deberá tener en cuenta las circunstancias personales del individuo, su capacidad para tomar el tipo de decisión en concreto y asegurar la prestación de apoyo para la toma de decisiones”.* Son varias las mejoras que ha introducido el texto legal: por un lado, la consideración de las circunstancias y capacidades personales de la persona a la hora de perfilar el ámbito de protección que se considere preciso, y la instauración de un sistema de apoyo, al que se considera que no restringe el ámbito de libertad personal. En el artículo 1.a) del mismo TRDPCDYS,

siguiendo la estela marcada por la Convención de Naciones Unidas, la promoción de la autonomía personal se articula como uno de los instrumentos para lograr la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, junto con la accesibilidad universal, y el acceso al empleo. Es decir, el legislador considera que no hay igualdad si una persona con discapacidad no puede tomar sus propias decisiones en libertad; libertad que es menoscabada por un conjunto de barreras sociales que deben ser erradicadas, si se pretende satisfacer el principio de igualdad.

Algunos autores, desde la promulgación de la indicada Ley 39/2006, califican la autonomía personal como un nuevo derecho de ciudadanía, con características como su carácter reivindicable, y su garantía en todo el territorio en un plano de igualdad⁴³. Como destaca el profesor RAZ, la autonomía resulta ser un elemento constitutivo de una buena vida⁴⁴. Es por ello que la misma no resulta exigible únicamente por los beneficiarios del sistema de protección creado por la Ley 39; la autonomía debe ser predicable de cualquier acción pública, debiendo ser el respeto de este principio el fin que se persigue. La libertad de las personas en tanto que agentes autónomos morales es uno de los grandes logros de la sociedad civil⁴⁵. El ejercicio efectivo de los derechos inherentes a la persona implica contar con los recursos económicos suficientes para poder llevar a cabo una vida autónoma, digna y de calidad, todo ello en aras de la consecución de la plena integración social. Los DESC son los instrumentos para la realización de este objetivo.

2.2. Necesidades básicas

Incluyo el presente apartado dentro del grupo de conceptos previos básicos, dado que, a mi juicio, resulta preciso fijar los parámetros ideológicos y conceptuales en los que me voy a mover cuando hablo de derechos sociales. En el capítulo II analizo con detalle el concepto de DESC y, como ahí recojo, no responde esta categoría a un concepto de necesidad sobrevenido, sino a una

⁴³ VICANCOS COMES, M. “Promoción de la igualdad y atención a la dependencia” en VV.AA. *“Estudios Interdisciplinarios sobre igualdad”*. IDP-IUSTEL. 2ª Ed. 2011. Págs 246.

⁴⁴ RAZ, J. “*The morality of freedom*”. Ed. Oxford University Press. 1986. Pág. 408.

⁴⁵ MACCORMICK, N. “*Instituciones del derecho*”. Ed. Marcial Pons. 2011. Pág. 329.

respuesta del ordenamiento jurídico a una cuestión que, a pesar de su amplitud, no deja de ser concreta en su alcance y contenido.

En el apartado anterior he vinculado el concepto autonomía con los principios de libertad e igualdad. Ésta es una línea argumental que, como indico, se repite a lo largo del trabajo y constituye el fundamento de los derechos sociales, y de los derechos humanos y fundamentales con carácter general. Este aspecto es objeto de desarrollo en el Capítulo II. En este momento, entiendo que resulta preciso hacer referencia a un enfoque igualmente imprescindible para entender los derechos sociales: su conexión con un aspecto concreto de la persona como es la satisfacción del núcleo mínimo indisponible de sus necesidades personales; aquellas imprescindibles para el desarrollo de su dignidad. Por ello, estas necesidades resultan objetivables y resultan exigibles conforme al modelo de Estado recogido en la Constitución.

A ello se refiere el Tribunal Constitucional en su interpretación del artículo 41 de la Constitución (STCO 103/1983, de 22 de noviembre) que establece la obligación de los poderes públicos de mantener un régimen de seguridad social para todos los ciudadanos y ciudadanas que garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes para todos ellos en *“situaciones de necesidad”*. Como refiere el Tribunal (FJ 4º): *“La adopción de este término no se opone a la idea de perjuicio. La referencia a una «situación de necesidad» o a un «estado de necesidad» obedece a la voluntad de superar la primitiva perspectiva legal, donde era prioritaria la noción de «riesgo» o «contingencia»,...Acoger el estado o situación de necesidad como objeto y fundamento de la protección implica una tendencia a garantizar a los ciudadanos un mínimo de rentas, estableciendo una línea por debajo de la cual comienza a actuar la protección. El hecho es, sin embargo, que esta tendencia no aparece plasmada en nuestra normativa legal, que no se basa en la protección frente a la pobreza, sino en la compensación frente a un daño, como es un exceso de gastos o un defecto de ingresos originado por la actualización de una determinada contingencia (muerte, incapacidad, etc.)”*. Resulta básico en el análisis de los derechos sociales, que acometo con posterioridad, el concepto de necesidad al que apunta el Tribunal en la sentencia. En el

presente capítulo voy a tratar el alcance de este concepto y qué perspectivas presenta respecto del estudio que realizo.

La primera vez que aparece la noción de “*necesidades humanas básicas*” en el ámbito de las organizaciones internacionales, fue en el seminario internacional patrocinado por UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development) y por el UNEP (United Nations Environmental Program) realizado en 1974 en México, llamado también la “*Declaración de Cocoyoc*”; la noción de necesidad humana se entiende en el sentido de desarrollo de los seres humanos y no en el sentido de desarrollo de países o producción de bienes materiales⁴⁶. Enlaza el concepto, pues con la idea de persona que se encuentra en la obra de Aristóteles y de Kant; con la noción de desarrollo humano vinculada al desenvolvimiento de un proyecto de vida individual. Éste es el aspecto que me interesa destacar bajo este concepto. Por este motivo, el concepto de necesidad básica resulta relevante desde un punto de vista moral, y debe ser protegido. RIECHMANN apunta como definición de “*necesidad básica*” aquéllas que concurren cuando los fines son tan fundamentales que sin ellos se extinguiría la vida humana o perdería su estructura característica⁴⁷.

Para MARTÍNEZ DE PISÓN, las necesidades que fundamentan los derechos sociales se caracterizan por rasgos como: 1) el de ser básicas, necesarias y condición para llevar una vida digna, de manera que quien no logra su satisfacción lleva una vida infrahumana; 2) son objetivas, por ser su privación externa al individuo y, por lo tanto, constatable; 3) son universales, por encontrarse en toda la población del planeta; 4) son históricas, por surgir en un momento determinado, en unas coordenadas espacio-temporales, y que pueden cambiar al variar éstas⁴⁸. Para este profesor, también reúnen esa condición bienes inmateriales como la educación o la igualdad de oportunidades, o espirituales como la libertad y la autonomía individual⁴⁹.

⁴⁶ PUIG LLOBET, M; SABATER MATEU, P; RODRÍGUEZ ÁVILA, N. “*Necesidades Humanas: evolución del concepto desde la perspectiva social*”. Aposta. Revista de Ciencias Sociales. nº 54, Julio, Agosto y Septiembre 2012. Pág. 1. Disponible en internet: <http://www.apostadigital.com/revistav3/hemeroteca/monpuigllob.pdf>

⁴⁷ RIECHMANN, J. “*Necesidades: algunas delimitaciones en las que acaso podríamos convenir*” en VV.AA. “*Necesidad, desear, vivir. Sobre necesidades, desarrollo humano, crecimiento económico y sustentabilidad*”. Ed. Los Libros de la Catarata. 1998. Pág. 12.

⁴⁸ MARTÍNEZ DE PISÓN, J. “*Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*”. Ob. Cit. Págs. 102 y 172.

⁴⁹ Idem. Págs. 172-173.

El concepto de “necesidad” ha sido analizado por la profesora húngara HELLER, quien aporta en el debate afirmaciones tales como que: *“El sistema que mejor se adecuara para la determinación de tales prioridades sería uno que institucionalizara la decisión misma a través de alguna forma de debate público democrático”*⁵⁰; igualmente, *“...todas las necesidades han de ser reconocidas y satisfechas con la excepción de aquéllas cuya satisfacción haga del hombre un mero medio para otro”*, asignando al imperativo categórico de Kant una función de instrumento de restricción en la evaluación de las necesidades⁵¹. La autora justifica esta última afirmación sobre la base de lo que denomina *“...la necesidad más preciosa de los hombres y mujeres modernos: la necesidad de autonomía”*⁵². La necesidad de autorrealización de la persona resulta el último escalón de las relaciones interhumanas, *“...cuando cesa el dominio de las cosas sobre el hombre”*, siguiendo la teoría de Marx⁵³. Me interesa sobremanera, en relación con el objeto de este estudio, el concepto de “necesidad radical” que desarrolla la autora: *“...qué necesidades deben ser satisfechas para que los miembros de una determinada sociedad o clase tengan la sensación o la convicción de que su vida es normal –respecto a un determinado nivel de la división del trabajo–”*. El concepto de necesidad que se aborda con los derechos sociales no es el de un mero interés, que Marx enlazara con el concepto de “avidez”⁵⁴. La escuela de Budapest, a la que pertenece esta autora, excluye cualquier decantación subjetivista en la clarificación del concepto de necesidad, y ésta, a la luz de lo expresado, no puede identificarse con los estados de ánimo habituales en el sujeto, no depende del capricho o del arbitrio del individuo necesitado, o de los impulsos o instintos volubles del momento, sino que es necesidad real que puede ser reconocida de alguna manera y que es expresión de la relación de cada uno

⁵⁰ HELLER, A. “Una revisión de la teoría de las necesidades”. Ed. Paidós. 1996. Pág. 61.

⁵¹ Idem. Pág. 67. Para KANT, el imperativo categórico sería el que representaría una acción como objetivamente necesaria por sí misma, sin referencia a ningún otro fin. Erige esta categoría frente al imperativo hipotético, que quedarían representados como la necesidad práctica de una acción posible como medio para conseguir alguna cosa que se quiere. KANT, I. “Fundamentación para una Metafísica de las Costumbres”. Ob. Cit. Pág. 94.

⁵² HELLER, A. “Una revisión de la teoría de las necesidades”. Ed. Paidós. 1996. Pág. 109.

⁵³ HELLER, A. “Teoría de las necesidades en Marx”. Ed. Península. 1978. Pág. 85.

⁵⁴ Idem. Pág. 66.

con su entorno social⁵⁵. Este concepto de necesidad enlaza con la idea de “*hombre situado*” de HABERMAS, como comento en un apartado posterior.

No me interesa el análisis que efectúa Marx en relación con las antinomias surgidas del sistema capitalista (libertad-necesidad, necesidad-causalidad, teleología-causalidad) y cómo las necesidades radicales resultan fruto del propio sistema económico capitalista, que se traduce en su perpetuación, y que tan brillantemente analiza la profesora HELLER en su obra; lo que destaco es, pues, la existencia de unas necesidades de carácter colectivo, formadas por la unión de las que presenta cada individuo y cómo se encuentra la fundamentación de su satisfacción en esa finalidad de autorrealización que introduce en el ámbito de la dignidad humana, como la satisfacción de un proyecto de vida.

En estas necesidades, hay un aspecto de colectividad grupal, que no es el fruto de una satisfacción egoísta de las necesidades personales de cada individuo, sino un anhelo colectivo, de tal modo que el fracaso de uno resultará el fracaso del grupo. A este respecto, se puede destacar la existencia de dos grandes debates teóricos respecto a las necesidades humanas: las teorías universalistas, que sostienen que las necesidades básicas de todos los seres humanos son fundamentalmente las mismas, sea cual sea su raza, sexo, edad o cultura, y por otro lado, las teorías relativistas, que intentan negar la noción de las necesidades humanas como universales, determinando que las necesidades son distintas en función del sexo, edad, raza, cultura, normas sociales adquiridas y percepción individual⁵⁶. En el marco de estos grupos diferenciados, se encontrarían las personas con discapacidad, quienes participan del padecimiento de necesidades con un componente común, tal como recojo en este capítulo. Necesidades en las que resulta comprometida su dignidad y libertad.

Donde mejor se representa este aspecto es, precisamente, en los derechos sociales. Como luego se desarrollará, la característica que, a mi juicio, cualifica los DESC es la satisfacción de determinadas necesidades básicas del individuo, de un individuo situado en el contexto social, por medio de

⁵⁵ MARTÍNEZ DE PISÓN, J. “*Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*”. Ob. Cit. Pág. 156.

⁵⁶ PUIG LLOBET, M; SABATER MATEU, P; RODRÍGUEZ ÁVILA, N. “*Necesidades Humanas: evolución del concepto desde la perspectiva social*”. Ob. Cit. Pág. 7.

los cuales se garantiza su libertad e igualdad material de forma efectiva. Por necesidad tomaría todas aquellas situaciones que parten de una carencia; no obstante, el elemento calificador de que esa carencia resulte “básica” significaría que la falta de cobertura de ella genera a la persona afectada un daño. Tal como recojo en el Capítulo II, los DESC se vinculan con necesidades materiales que, no obstante, resultan imprescindibles para el desarrollo del proyecto vital de las personas afectadas y, en consecuencia, de una vida digna. Por ello, el contenido concreto de esas necesidades deberá ser analizado en función del momento cronológico en el que su estudio se acomete, dado que, como expongo asimismo en el Capítulo II, esas necesidades presentan un contenido variable. Son necesidades que, como apunta MARTÍNEZ DE PISÓN, permiten clasificar a los individuos, ya que son necesidades que se ponderan en función del contexto en el que desarrolla su vida y que la sociedad tiene una nítida responsabilidad en el empeño de la satisfacción de dichas necesidades⁵⁷; incidiendo así en el relativismo apuntado anteriormente.

En relación con el colectivo objeto de mi estudio, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas, introduce determinados principios que modulan el concepto de libertad e igualdad que debe ser utilizado en el análisis de los derechos de estas personas. Han aparecido así determinados anhelos de libertad que sólo el sistema de derechos puede satisfacer. Esta declaración tiene su influencia sobre el concepto de “necesidades básicas”, ya que el texto da acogida a nuevos ámbitos, o da una relectura novedosa a otros, en los que la libertad y la dignidad de la persona puede verse comprometida, cuando se omiten. Como he indicado en el apartado anterior: son básicas aquellas necesidades mediante las que se desarrolla la autonomía personal. Una de las características de esas “necesidades básicas” es su inevitabilidad, su carácter insoslayable. Para AÑÓN una necesidad humana básica es aquella situación o estado de cosas que, referido a una persona, es un elemento constitutivo de su capacidad de ser un agente moral, pues están vinculadas a un nivel elemental de autonomía y supervivencia, de tal forma que si no se encuentran satisfechas, los seres humanos afectados se encuentran

⁵⁷ MARTÍNEZ DE PISÓN, J. “*Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*”. Ob. Cit. Pág. 98.

en condiciones de autoría y supervivencia mermadas⁵⁸. Su no satisfacción causa un daño o perjuicio, no cualquiera, sino el que se puede afirmar como grave, tanto en orden a la supervivencia como al desarrollo de la persona como tal⁵⁹. Al respecto AÑÓN destaca: *“En términos generales, se ha sostenido que el recurso a las necesidades implica aceptar, en primer lugar, que en ellas se encuentra el soporte antropológico de los derechos humanos, de forma que reconocer, ejercer y proteger un derecho básico significa, en última instancia, que se pretende satisfacer una serie de necesidades, entendidas como exigencias que se consideran ineludibles para el desarrollo de una “vida digna”*⁶⁰. Resulta, a mi modo de ver, incuestionable la interrelación que establece esta profesora entre derechos fundamentales y necesidades básicas; para ella, este último concepto se caracterizaría por: a) referir a necesidades no intencionales, es decir, no elegidas voluntariamente; b) situación o estados predicados de personas y que tienen un carácter insoslayable para ellas; c) refieren a situaciones o estados que constituyen una privación o sufrimiento grave para la persona; repercuten en la calidad de vida humana; d) el perjuicio o detrimento se mantiene, salvo que la situación se vea satisfecha⁶¹. Como colofón, para ella, serán las necesidades básicas y no los derechos morales el elemento que fundamenta los derechos fundamentales⁶². Todos los elementos que he desarrollado en el párrafo anterior se encuentran incluidos en los DESC.

Desde un punto de vista negativo, por tanto, el elemento diferenciador entre unos tipos y otros de necesidades subyace en el hecho de que si la misma necesidad no se satisface, la dignidad de la persona resulta afectada; se pierde bienestar personal. Sólo son necesidades básicas las que quedan comprendidas en este último análisis. No hay libertad, ni vida digna, ni auto-

⁵⁸ AÑÓN ROIG, M.J. y GARCÍA AÑÓN, J. (directores). *“Lecciones de derechos sociales”*. Ed. Tirant lo Blanch. 2ª Ed. 2004. Pág. 105.

⁵⁹ DE LUCAS, J y AÑÓN, M.J. *“Necesidades, derechos y razones”*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N° 7. 1990. Pág. 78.

⁶⁰ AÑÓN ROIG, M.J. *“Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación”*. Centro de Estudios Constitucionales. 1994. Pág. 266.

⁶¹ Idem. Págs. 266-267.

⁶² Idem. Pág. 283.

respeto, ni pleno ejercicio de las capacidades naturales sin la satisfacción de las necesidades básicas⁶³.

Por ello, existe un vínculo de unión entre necesidades y capacidades, concepto al que me referiré en un apartado posterior. Si las capacidades son aquellos ámbitos del individuo imprescindibles para la plasmación de su impronta personal, e imprescindibles para su desarrollo, de éstas surgen un conjunto de necesidades básicas. Igualmente, existe una relación proporcional entre necesidades básicas y riesgo de exclusión; en la medida en que cuando concurre una circunstancia social de la que se genere un riesgo de exclusión, se acentúa el carácter básico de sus necesidades. Todo ello configura un concepto que presenta un marcado carácter social; según cómo se configure el entorno social en el que se desenvuelve la persona, surge una intensidad mayor o menor del conjunto de necesidades, o presentan una naturaleza diferenciada. Por otro lado, estas necesidades tienen una conformación histórica, como he apuntado anteriormente. Todos estos elementos configuradores del concepto que analizo resultan de una trascendencia esencial para las personas con discapacidad; como destaco en el estudio sectorial que llevo a cabo en este capítulo, el progreso tecnológico y social incrementa el riesgo de marginación de este grupo social de personas con discapacidad, por lo que surgen nuevas necesidades que deben ser atendidas, así como verse incrementada su intensidad, en relación con la esfera de libertad de la persona. PISARELLO ha situado en cinco derechos sociales básicos para todos, el ámbito constitucional indisponible: educación, vivienda, salud, ingreso y un ambiente sano⁶⁴. Independientemente de que su toma de postura pudiera parecer una posición ideológica, todos estos ámbitos guardarían relación con una esfera mínima personal indisponible, que permitiera al individuo satisfacer un proyecto de vida digno.

Que las necesidades no son meros deseos ya lo apunta NINO cuando afirma que la precedencia de las necesidades sobre los deseos se funda en el

⁶³ MARTÍNEZ DE PISÓN, J. "Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales". Ob. Cit. Pág. 101.

⁶⁴ PISARELLO, G. "Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático". Universidad Nacional Autónoma de México. Boletín mexicano de Derecho Comparado. N° 92. Mayo-agosto. 1998. Pág. 448. Recurso online, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoComparado/indice.htm?n=92>

hecho de que es peor causar un daño que no dar un beneficio⁶⁵. Sobre los deseos se aplica el denominado “*principio de procedencia*”, conforme al cual las necesidades de un determinado ser humano (o población humana) tienen prioridad sobre sus preferencias o deseos y los de cualquier otro ser humano⁶⁶. El carácter objetivo y fundamental de las necesidades básicas, conectado con la esfera básica vital de la persona, determina ciertamente la prioridad con la que el Estado debe acometer su satisfacción. Como apunta SEMPERE la autoestima, el reconocimiento, la pertenencia, la protección, la autorrealización, la libertad personal y la participación en las tareas sociales son también básicas también, y sin su satisfacción no es posible una vida humana plena⁶⁷.

A mi juicio, el carácter apuntado no permite que los poderes públicos puedan elegir los instrumentos de satisfacción de aquéllas sobre la base de valoraciones políticas, sino que deben seguir un principio de eficacia: una política pública debe implantarse con el objetivo, sin ambages, de la satisfacción de la necesidad a la que va dirigida.

Aplicado este criterio al ámbito personal representado por las personas con discapacidad, resulta que la sociedad sufre una mayor pérdida en sus niveles de justicia que el coste que conlleva para ella la atención de las necesidades de estas personas. Es por ello que los DESC, como intento demostrar en el presente trabajo, no responden a un perfil de paternalismo exacerbado, sino a la estructuración de una sociedad justa que tiene en cuenta a las personas que viven en su seno, dado que todas resultan importantes para la satisfacción del fin social. Hay otro dato importante a tener en cuenta y es que, como apuntan LUCAS y AÑÓN, no elegimos nuestras necesidades⁶⁸.

La tradición ius filosófica se ha movido entre dos teorías fundamentales: el utilitarismo y el liberalismo, como analizo en el Capítulo III, ninguna de ellas da una respuesta adecuada al desenvolvimiento adecuado de la persona. La primera, en la medida en que el fin último del sistema de los derechos no puede ser el bienestar de la sociedad, a costa de la marginación de ciertos

⁶⁵ NINO, C.S. “*Autonomía y necesidades básicas*”. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Nº 7. 1990. Pág. 22.

⁶⁶ RIECHMANN, J. “*Necesidades: algunas delimitaciones en las que acaso podríamos convenir*” en VV.AA. “*Necesidad, desear, vivir. Sobre necesidades, desarrollo humano, crecimiento económico y sustentabilidad*”. Ob. Cit. Pág. 18.

⁶⁷ SEMPERE, J. “*Necesidades y política eco-socialista*” en Idem. Pág. 287.

⁶⁸ DE LUCAS, J y AÑÓN, M.J. “*Necesidades, derechos y razones*”. Ob. Cit. Pág. 61.

sectores de ella; la segunda, porque ni cabe que la propia sociedad, origen de las profundas desigualdades que se crean en su entorno, se autorregule, ni resulta justo garantizar un mismo nivel de derechos para todos los ciudadanos, máxime cuando hay grupos para quienes el punto de partida es la desigualdad. La ventaja que aporta este concepto que estudio en este apartado es que, por su fundamentación, su alcance debe quedar al margen de posiciones ideológicas, dado que de lo que hablamos es del núcleo indisponible de la dignidad personal.

Por todo ello, la vinculación de los DESC con el concepto de “*necesidades básicas*” corre en paralelo con la propia fundamentación de los derechos humanos: los derechos humanos están ligados a aquellos valores, necesidades e intereses que hacen que un ser humano pueda actuar como un agente moral⁶⁹. Dado que los derechos humanos proporcionan los criterios de legitimidad procedimental o de origen y el contenido de legitimidad material de todas las normas jurídicas y del ordenamiento en su conjunto, resulta que la vinculación entre necesidades básicas y derechos humanos obliga a que un orden jurídico-político que se reclame legítimo deba establecer como límite mínimo de su contenido justificador el principio de satisfacción de necesidades básicas⁷⁰; no en cuanto un estándar de vida deseable, sino la cobertura de unas necesidades esenciales para el pleno desarrollo de la persona. El concepto necesidad ha ido alcanzando poco a poco un papel de primer orden en la justificación de la práctica política y en la fundamentación de los derechos⁷¹. Por otro lado, el valor solidaridad sitúa la satisfacción de las necesidades básicas como eje de las políticas públicas, en un Estado social; o, por lo menos, así debería ser. Como indica ALONSO: “*La comunidad no es un residuo del pasado, sino la construcción concreta de vínculos activos entre los sujetos para satisfacer de manera activa sus necesidades sociales*”⁷². Sobre la base de esta afirmación, resulta que los DESC, desde un aspecto político, se

⁶⁹ AÑÓN ROIG, M.J. y GARCÍA AÑÓN, J. (directores). “*Lecciones de derechos sociales*”. Ob. Cit. Pág. 94.

⁷⁰ Idem. Pág. 94.

⁷¹ MARTÍNEZ DE PISÓN, J. “*Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*”. Ob. Cit. Pág. 159.

⁷² ALONSO, L.E. “*La producción social de la necesidad y la modernización de la pobreza: una reflexión desde lo político*” en VV.AA. “*Necesidad, desear, vivir. Sobre necesidades, desarrollo humano, crecimiento económico y sustentabilidad*”. Ob. Cit. Pág. 146.

encuentran en la base argumentativa de los derechos humanos, que representa el hilo conductor del presente trabajo. Desarrollo en el Capítulo III esta argumentación como justificación de la consideración de los DESC como derechos fundamentales.

Esta afirmación me ofrece, igualmente, un argumento en contra de aquellas tesis que pretenden justificar un agotamiento del sistema de servicios sociales; sobre la base de la idea de que la cobertura que éstos brindan no se puede extender hasta el infinito. Al respecto, he de afirmar que, como he apuntado, el carácter fundamental de estos servicios afectaría a la dignidad de la persona, al tratarse de prestaciones positivas que van destinadas a cubrir esas necesidades de carácter básico. Precisamente, ese carácter proscribía un efecto regresivo, ya que, en caso de producirse la limitación de la eficacia práctica de estos derechos, se estaría infringiendo uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la protección de la persona en su plena dignidad, como garantía de la libertad.

2.3. Vida independiente

El artículo 2.a) de la LIONDAU, definía el término vida independiente como: *“la situación en la que la persona con discapacidad ejerce el poder de decisión sobre su propia existencia y participa activamente en la vida de su comunidad, conforme al derecho al libre desarrollo de la personalidad”*. De la propia definición legal se pueden extraer varias conclusiones: 1) el concepto entronca directamente con el principio de dignidad de la persona; 2) delimita su propia esfera de libertad personal; 3) su preservación resulta determinante para garantizar su inclusión social. Esta misma definición se mantiene en el artículo 2.h) del TRDPCDYS. Resulta, pues, una manifestación del principio de autonomía personal al que he hecho referencia anteriormente; de acuerdo con el mismo, no satisface sólo el principio de dignidad que la persona tome decisiones por sí mismo, tal como he desarrollado en el apartado anterior relativo a la autonomía, sino que la aplicación de este principio obliga a que este sujeto participe activamente en el entorno social como instrumento de desarrollo de su personalidad humana.

La satisfacción de este derecho, no resulta, pues, un mero capricho de un grupo social determinado, sino la preservación de una forma de vida desde la

discapacidad en el entorno social, pero con plena libertad y autonomía personal. Constituye un nuevo paradigma para entender, de manera distinta a como se hacía tradicionalmente, el hecho humano específico de la diversidad funcional o discapacidad⁷³. Desde este punto de vista, no resulta una demanda específica de un subgrupo concreto entre las personas con discapacidad, sino una exigencia para todo el grupo social que analizo, ya que, en mayor o menor medida, como ya he puesto de manifiesto anteriormente, cualquier tipo de discapacidad puede interactuar con el entorno social, convirtiéndose por esta vía en un factor de exclusión.

La Convención de las Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad introduce un concepto de vida independiente profundamente innovador desde la perspectiva internacional. En su artículo 19, enuncia el derecho de las personas con discapacidad “*a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad*”. Resulta, en primer lugar, extraño que un instrumento internacional como la Convención exprese abiertamente la acogida de este derecho, como un principio, pues el mismo resulta manifiestamente la expresión de la dignidad humana; es decir, de la propia manifestación de una persona en su dignidad. El entorno social debería, en cualquier caso, hacer posible llevar a cabo un proyecto vital por sí mismo y permitir la vida en el seno de la comunidad con un pleno disfrute de derechos; lo que justifica su incorporación al texto es que constituye una demanda real de este grupo de personas, ya que, como ya he apuntado en la introducción, lo que parece una verdad de Perogrullo, en realidad, se torna una aspiración que sólo puede ser alcanzada con mucha dificultad.

Como punto de partida, una de las aportaciones determinantes que formula el texto internacional es la consideración de este derecho como un principio, que informa todas las acciones en beneficio de las personas con discapacidad; ello se puede colegir de la propia redacción del artículo, que podría fácilmente haber figurado en el Preámbulo de la norma, ya que en el primer párrafo del artículo 19 se formula la declaración siguiente: “*Los Estados Partes en la*

⁷³ ARNAU RIPOLLÉS, M.S. “*La vida independiente como fin de las políticas públicas de discapacidad*”. En PÉREZ BUENO, L.C. (director). “*Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*”. Ob. Cit. Pág. 473

presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad...". Se trata de una enunciación del principio de igualdad de oportunidades, en la línea de la redacción del artículo 9.2 de la Constitución Española. A continuación, entiende el legislador convencional que ese principio tiene que figurar con una especial intensidad, en los ámbitos que especifica a continuación; en tres apartados, a saber: a) la elección de su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico; b) el acceso a una serie de medidas asistenciales comunitarias, tales como asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal; c) el acceso a las instalaciones y los servicios comunitarios generales, a cuyo efecto deben serles atribuidos en igualdad de condiciones, y en ese disfrute, ser tenidas en cuenta sus necesidades "especiales"⁷⁴. Hace especial hincapié, pues, en la accesibilidad de los servicios comunitarios y la aplicación del principio general de igualdad material. Con este valor de principio básico del texto legal lo erige igualmente el legislador español, quien en el TRDPCDYS lo acoge en su artículo 3.b).

La vida independiente constituye uno de los ejes de la acción propuesta para las personas con discapacidad en el Informe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, quien en su Comentario General 5 sobre personas con discapacidad⁷⁵ (apartado 16), declara que, para solucionar la pasada y presente situación discriminatoria, y evitar una discriminación futura, la legislación no sólo debe facilitar a las personas con discapacidad soluciones judiciales tanto como sea posible y apropiado, sino también programas sociales

⁷⁴ El entrecomillado es mío.

⁷⁵ <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/>. "16. Despite some progress in terms of legislation over the past decade, the legal situation of persons with disabilities remains precarious. In order to remedy past and present discrimination, and to deter future discrimination, comprehensive anti-discrimination legislation in relation to disability would seem to be indispensable in virtually all States parties. Such legislation should not only provide persons with disabilities with judicial remedies as far as possible and appropriate, but also provide for social-policy programmes which enable persons with disabilities to live an integrated, self-determined and independent life".

que les permita vivir de forma inclusiva, autónoma e independiente. Puntualiza, por lo tanto, la necesidad de erigir una política prestacional de la que son deudoras las Administraciones Públicas.

Puedo concluir, pues, que el derecho a vida independiente se enuncia desde la Convención como un principio de aplicación transversal. Independientemente de que figure especificado en algunas de las categorías de prestaciones y servicios que enuncio al final de este capítulo. Configura así un auténtico modelo que parte del valor del individuo en sí mismo, sustrayéndose del grado de autonomía que pueda alcanzar. No obstante, este carácter no ha sido trasladado al ordenamiento jurídico interno, dado que la definición que he enunciado y que figura en el TRDPCDYS, no se ha recogido en el articulado por cuanto el desarrollo del Capítulo V del Título I, sobre el derecho a la vida independiente, se lleva a cabo exclusivamente en la Ley de forma unidireccional sobre aspectos como la accesibilidad del entorno, tal como se puede colegir de la redacción literal del artículo 22.1: *“1. Las personas con discapacidad tienen derecho a vivir de forma independiente y a participar plenamente en todos los aspectos de la vida. Para ello, los poderes públicos adoptarán las medidas pertinentes para asegurar la accesibilidad universal, en igualdad de condiciones con las demás personas, en los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, así como los medios de comunicación social y en otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales”*. Se articula en el artículo 68 del TRDPCDYS como una medida de acción positiva con el fin de satisfacer el principio de igualdad de oportunidades, por lo que no pierde, por esta vía indirecta, su carácter transversal. Esta afirmación queda ratificada por la redacción del artículo 23.2, en la que los apoyos complementarios, como el resto de medidas que dispone el precepto, se articulan sobre la base de una regulación gradual en el tiempo y que abarca un conjunto de áreas que enumera en el artículo 5 (telecomunicaciones y sociedad de la información, espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación, transportes, bienes y servicios a disposición del público, relaciones con las administraciones públicas, Administración de justicia, Patrimonio cultural, empleo). La transversalidad no

sabe de áreas de preferencia, pues se debe aplicar en todos y cada uno de los aspectos de la vida de un individuo. Poco se ha ganado en este aspecto desde la LISMI, que ya enunciaba este derecho igualmente.

De especial consideración para la satisfacción de este principio merecen los apoyos personales. A esta vía de acción en beneficio de las personas con discapacidad se refiere el apartado 33 del Informe del Alto Comisionado antes apuntado, con la finalidad de mejorar su nivel de independencia en su vida diaria y el ejercicio de sus derechos⁷⁶. Estos apoyos deben ser brindados de forma indistinta a cualquier persona con discapacidad, de la naturaleza que ésta sea, con el fin de obtener la satisfacción de ese principio de vida independiente. Esta institución, no obstante, ha contado con multitud de detractores en el seno de algunos grupos profesionales, como la judicatura; más por el cambio que supone en el ordenamiento que la deficiencia de su articulación, dado que, a la fecha de ser redactado este capítulo, la misma no ha sido implantada en uno de sus ámbitos más destacados, como es la aplicación del artículo 12 de la Convención (en concreto, el art. 12.3, bajo el epígrafe del artículo de “Igual reconocimiento como persona ante la ley”). A mi juicio, la falta de medios materiales con los que se ha dotado tradicionalmente a los órganos jurisdiccionales la avoca a un desarrollo no exento de graves dificultades. No obstante, la importancia que presenta para los sujetos afectados resulta trascendental. Nuevamente esta situación práctica trae a la palestra la insuficiencia presupuestaria con la que se acometen los DESC y la falta de voluntad política en su implantación plena. Son problemas de tipo estructural⁷⁷. Estos apoyos que una persona deba recibir para garantizar su autodeterminación pueden ser múltiples, y varían en cada caso según las necesidades de la persona: podrá consistir en una vivienda adaptada, una silla

⁷⁶ <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/>. “33. In addition to the need to ensure that persons with disabilities have access to adequate food, accessible housing and other basic material needs, it is also necessary to ensure that "support services, including assistive devices" are available "for persons with disabilities, to assist them to increase their level of independence in their daily living and to exercise their rights".

⁷⁷ “La adopción del modelo de apoyo supone un auténtico cambio de paradigma en la materia que tendrá un importante impacto en las legislaciones nacionales como la española, que adoptan el modelo tradicional de sustitución”. DE ASÍS, R; BARRANCO, M.C.; CUENCA, P; PALACIOS, A. “Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad e el Derecho Español” en CUENCA GÓMEZ, P (editora). “Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español”. Ed. Dykinson. 2010. Pág. 24.

de ruedas eléctrica para desplazarse de forma independiente, documentos redactados en lectura fácil, un o una asistente personal, aplicaciones informáticas o móviles. En principio, la lista resulta abierta pues lo que se pretende es lograr el objetivo de una vida independiente y en autonomía plena. Precisamente, en este sentido va orientada la modificación del Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia establecidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, operada en virtud del Real Decreto 291/2015, de 17 de abril (BOE de 1 de mayo de 2015 núm. 104), en el que los apoyos y cuidados personales pasan de ser previstos en “alojamientos especiales” a “alojamientos de soporte a la inclusión comunitaria”, como servicios de promoción a la autonomía personal. Son precisamente otra de las medidas destacadas mediante las que el TRDPCDYS articula el derecho a la vida independiente, los servicios de vivienda que recoge el artículo 51.5, ya sean servicios de atención residencial, viviendas tuteladas, u otros alojamientos de apoyo para la inclusión; los mismos, tienen como objetivo promover la autonomía y la vida independiente de las personas con discapacidad a través de la convivencia, favoreciendo su inclusión social. Se destinan asimismo para atender aquellas necesidades básicas de aquellas personas con discapacidad que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad, como en los casos en que carezcan de hogar o familia, o cuando existan graves problemas para garantizar una adecuada convivencia familiar. Se culmina por esta vía una de las mayores aspiraciones del movimiento de vida independiente, que persigue implantar un nuevo modelo de la diversidad que conlleva en sí mismo una matización o modulación del modelo social de la discapacidad. No obstante, está por ver cómo se articula esta medida en un entorno de escasez de recursos para las Administraciones Públicas. Las iniciativas que se han acometido hasta la fecha no dejan de ser proyectos piloto, por lo que, ni mucho menos, se cuenta con una experiencia digna de ser reconocida como una fase incipiente de lo que pudiera convertirse en una política general, tal como exigiría el precepto.

Una de las características del movimiento para la vida independiente es que surge de una desinstitucionalización desde abajo, ya que son las propias

personas con discapacidad quienes definen el tipo de integración que desean⁷⁸. Es una muestra más de que, como desarrollo en el Capítulo II, la articulación de los derechos de las personas con discapacidad a través de los DESC contribuye a una profundización democrática. Son los propios grupos sociales afectados los que asumen la toma de decisiones sobre el alcance y contenido del derecho del derecho a ejercer; cuál es el modelo de inclusión social que anhelan, cuáles son los servicios que deben disfrutar. Es el reflejo de la diversidad en la sociedad, en cuanto un principio y no como una medida simple de acción. No obstante, ésta es una de las piedras de toque del sistema de derechos implantado por la Convención; exige un cambio profundo en la mentalidad social y de los poderes públicos. Ya indicaré más adelante, con una vista temporal suficiente, el modo como se acomete.

Uno de los instrumentos legales más recientes que ha acometido este modelo ha sido el implantado en el Estado español mediante la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE 15 diciembre 2006, núm. 299), a cuyo desarrollo reglamentario he aludido anteriormente; el eje de la atención se brinda a las personas en situación de dependencia, con el fin de promover su autonomía personal y la atención de las necesidades de aquellas personas que, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía (Exposición de Motivos- pº. 1). La Ley, que fue aprobada en fechas cercanas a aquéllas en que se aprobaba la Convención, establece el derecho a la autonomía personal y a la atención de las personas en situación de dependencia como un derecho de titularidad universal, que se garantiza mediante un conjunto de prestaciones y servicios. El modelo de atención pasa, entre otros, por el de cuidados familiares o de la asistencia personal, y de servicios como la tele-asistencia, o la ayuda a domicilio, en función del grado de dependencia. Todas ellas son un conjunto de medidas que contribuyen, dejando de lado la utilización de la terminología inadecuada de la dependencia, al modelo de vida independiente. El texto hace valer como enunciación de

⁷⁸ DE LORENZO, R. “*El Futuro de las personas con discapacidad en el mundo*”. Ob. Cit. Pág. 61.

competencia para el Estado el artículo 149.1.1ª del texto constitucional, como garantía de las condiciones que garanticen las igualdades básicas entre todos los españoles. Pese a lo reciente de su promulgación, el texto ha sido modificado mediante tres Reales Decretos-ley, nº 8/2010, de 20 de mayo (BOE 24 de mayo de 2010, núm. 126), nº 20/2011, de 30 de diciembre (BOE 31 diciembre 2011, núm. 315) y 20/2012, de 13 de julio (BOE 14 julio 2012, núm. 168) que, combinados, junto con las reducciones drásticas de partidas presupuestarias, ha sometido al Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia a una muerte anunciada, habiendo disminuido los niveles de protección, impidiendo la entrada de nuevos beneficiarios y expulsando a otros a quienes ya se les había concedido la titularidad del derecho, suprimiendo el nivel acordado de financiación a las Comunidades Autónomas. Pese a haber existido un amplio grado de consenso y apoyo parlamentario al inicio de su tramitación y los intereses en juego al ir destinada a la satisfacción de las necesidades vitales de un grupo humano de especial vulnerabilidad, conforme reza al apartado I de su Exposición de Motivos, se ha sometido a esta Ley por cuestiones políticas a un destino precario. La ambición con la que se había puesto en marcha el proceso legislativo de la misma Ley ha quedado completamente devaluada en aras a los principios de contención de gasto que, una y otra vez, no se perciben que se apliquen en otros ámbitos de la vida social de nuestro país, con la misma intensidad.

2.4. Paternalismo

Como manifiesta CAMPS: *“El término paternalismo es ya peyorativo. Suele referir a un tipo de protección no justificado”*⁷⁹. A continuación, la autora manifiesta que el término tiene dos connotaciones: una negativa y otra positiva; la negativa, ya que la acción supone inmiscuirse en la libertad de otra persona; la segunda, ya que se efectúa con la intención de proteger un bien⁸⁰. En relación con esta figura, se parte, pues, de una naturaleza compleja; por lo que se ha de precisar cuándo nos encontraremos en una situación u otra. En lo que sí hay coincidencia es en el hecho de afirmar que, de lo que se trata en el

⁷⁹ CAMPS, V. *“Paternalismo y bien común”*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Nº 5. 1988. Pág. 195.

⁸⁰ Idem. Pág. 195.

concepto que estudio, no es de un paternalismo individualista ejecutado por entes de naturaleza privada, sino, teniendo en cuenta los bienes a proteger a los que haré referencia un poco más adelante, de una acción colectiva realizada por los poderes públicos. En esta línea, para ATIENZA sólo existe paternalismo en una conducta, si tiene como fin obtener un bien para una persona o grupo de personas, y si esta intervención se produce sin la aceptación de las personas afectadas⁸¹.

Una de las críticas exacerbadas que se han formulado contra los DESC proviene de los sectores del liberalismo económico, que entienden que el Estado no debe intervenir para mejorar las condiciones de vida de sus ciudadanos y ciudadanas. Cuando se analiza esta figura del paternalismo, los sectores críticos hacen siempre hincapié en los aspectos negativos de pérdida que la misma conlleva o en el supuesto menoscabo de la libertad que implica; se ignora de este modo a los propios sujetos beneficiarios de estas acciones, que son asimismo perjudicados. Los críticos de la intervención de los poderes públicos en la esfera del individuo, ven a éste en esta acción como un mero objeto, y a la persona beneficiaria como un mero destinatario de la acción. No obstante, esto no es así; incluso en el llamado Estado del bienestar en el que los poderes públicos otorgan prestaciones de carácter positivo, el sujeto destinatario de las mismas anhela intervenir activamente en la vida social, aunque precise en la realización de la vida diaria las ayudas que recibe; por ello, este intervencionismo o acción no sustituye la esfera de decisión del individuo, sino que la complementa. Aporta lo que a éste resulta necesario con el fin de garantizar su participación activa en la sociedad. Por ello, la justificación de la medida paternalista se produce cuando falta razón, información y experiencia, y cuando existe probabilidad de perjuicio en los derechos, debiendo la medida orientarse según lo que sería auténtica voluntad de la persona, en su interés y sin producir un perjuicio en los derechos de la persona superior al que se quiere evitar⁸².

Como un reflejo de las teorías contrarias al paternalismo, BERLIN manifestó: *“El paternalismo es despótico, no porque sea más opresivo que la*

⁸¹ ATIENZA, M. *“Discutamos sobre paternalismo”*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N° 5. 1988. Pág. 203.

⁸² DE ASIS ROIG, R. *“Sobre discapacidad y derechos”*. Ob. Cit. Págs. 57-58.

*tiranía brutal, descarada e inculta, ni sólo porque ignore la razón trascendental que está encarnada en mi cuerpo, sino porque es un insulto a la concepción que tengo de mí mismo como ser humano, determinado a realizar mi propia vida de acuerdo con mis propios fines (no necesariamente racionales o benéficos) y, sobre todo, con derecho a ser reconocido como tal por los demás. Pues si no soy reconocido como tal, puede que deje de reconocer mi propia pretensión de ser un ser humano completamente independiente, o que dude de ella...*⁸³. Desarrollo en otro apartado del Capítulo III el análisis de la teoría de este autor, que gira sobre los conceptos de libertad positiva y negativa, y la imposibilidad de restringir la segunda para favorecer la primera. Esta idea contraria al paternalismo ya se encontraba en la obra de KANT y MILL⁸⁴; para todos ellos, el desempeño de esta función protectora por el Estado acapara esferas de libertad de los individuos. Ejemplo de ello son las razones que MILL elabora en contra del paternalismo; son tres: 1) existe violación de la libertad cuando lo que va a ser hecho va a ser hecho mejor por los individuos que por el gobierno; 2) resulta preferible que las tareas las hagan los individuos y no el gobierno, pues así resulta una educación intelectual para los individuos; 3) se debe restringir la intervención del gobierno, pues crea un grave mal consistente en que *“se extienda mucho su influencia sobre toda clase de temores y esperanzas”*⁸⁵.

Estas posiciones doctrinales clásicas han calado en la teoría liberal de los derechos, confundiendo paternalismo con prestaciones positivas y con la conmisericordia, por la pérdida funcional que conlleva la discapacidad. Estos autores mantienen su crítica a esta figura, en la medida en que para garantizar la libertad positiva de los individuos (su capacidad para decidir con autonomía) se restrinja su libertad negativa (su derecho a actuar sin injerencias de terceros). La

⁸³ BERLIN, I. *“Cuatro ensayos sobre la libertad”*. Alianza Editorial. 2004. Pág. 262. También puede encontrarse esta idea en *“Dos conceptos de libertad y otros escritos”*. Alianza Editorial. 2010. Pág. 94.

⁸⁴ De hecho, MILL identifica el paternalismo con el despotismo, ya que *“...la libertad general de nuestras instituciones impide ejercer el control necesario para que las trabas resulten verdaderamente eficaces como educación moral”*. MILL, J.S. *“Sobre la libertad”*. Ed. Aguilar. 1972. Pág. 151. Kant en su obra *“La Metafísica de las Costumbres”* declara: *“...por gobierno patriótico no debe entenderse el paternalista (régimen paternal), que es el más despótico de todos (el que trata a los ciudadanos como niños), sino un gobierno patrio (regimen civitatis et patriae), en el que el Estado mismo (civitas) trata a sus súbditos efectivamente como miembros de una familia, pero a la vez como ciudadanos, es decir, según las leyes de su propia independencia, de modo que cada uno se posea a sí mismo y no depende de la voluntad absoluta de otro, que está junto a él o por encima de él”*. No obstante, Kant entiende que resulta lícito al gobierno obligar a los poderosos a procurar los medios de subsistencia a los incapaces para ello, incluso en lo que se refiere a las necesidades más básicas, incluso con gravámenes de su propiedad. KANT, I. *“La Metafísica de las Costumbres”*. Ed. Tecnos. 1999. Págs. 147 y 159.

⁸⁵ MILL, J.S. *“Sobre la libertad”*. Ob. Cit. Págs. 162-164.

cuestión que plantea esta dicotomía insalvable para estos autores no es real, dado que resulta imprescindible, por razones de justicia, mantener un equilibrio entre una y otra, en determinados supuestos como los que se dan en aquellas situaciones que generan riesgo de exclusión social. A ello obliga la configuración del Estado español como un Estado social, al que aludiré más en extenso en el Capítulo II. Otro de los aspectos críticos del paternalismo queda también salvado; me refiero a la clientelización que pueda generar una medida con espíritu paternalista; estaríamos hablando de un poder público inmoral que, a cambio de una acción positiva, exija del individuo una participación política en un sentido predefinido, bajo la amenaza de la pérdida de esa acción. Precisamente, el efecto que se pretende no es la dejación de funciones políticas que puedan acentuar el formalismo del sistema político, sino allegar a los mecanismos de participación política un mayor número de personas que pasan a tomar una intervención activa en la vida social. Se produce por esta vía el enriquecimiento de la vida política, dotándola de un perfil más democrático. Esta concepción nos aleja de una visión tradicional del paternalismo, que, como refleja PISARELLO de manera muy ilustrativa y con sentido crítico de la misma, se traduciría en la conversión del “*Welfare*” al “*workfare*”; de un estado social de derechos a un estado social contributivo de deberes; en los que los derechos sociales constituyen perniciosos ejemplos de derechos sin deberes y fuente, por lo tanto, de irresponsabilidad y dependencia de las personas⁸⁶. Los anhelos de las personas con discapacidad distan mucho de ello.

Para GARZÓN VALDÉS, el razonamiento que justifica una medida paternalista tiene que partir de dos premisas: una de tipo empírico, que es la constatación de una incompetencia básica, y otra de tipo normativo, que es el hecho de que el déficit generado por la incompetencia básica debe ser superado en aras de la autonomía y de la igualdad de quienes sostienen la vigencia exclusiva del principio de daño que consideran que son puestas en peligro por el paternalismo jurídico⁸⁷; a continuación, afirma que sólo cuando la medida en cuestión, aplicada a un individuo, promueve o defiende su autonomía o aspira a superar un déficit de igualdad puede hablarse de

⁸⁶ PISARELLO, G. “*Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales*”. Revista Isonomía. Nº 15. Octubre 2001. Pág. 89.

⁸⁷ GARZÓN VALDÉS, E. “*Sobre el paternalismo*”. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Nº 5. 1988. Pág. 168.

paternalismo éticamente justificado⁸⁸. Esta conclusión adquiere todavía más relevancia si se piensa que, como he puesto de manifiesto en la introducción de este trabajo, muchas de las desigualdades no son generadas por una voluntad maliciosa, sino por la propia vida de las personas en sociedad.

No obstante, la voz del colectivo de las personas con discapacidad se alza en un sentido contrario al mero paternalismo; lo que se persigue con los DESC es la afirmación personal y emancipación individual de sus miembros: el reconocimiento de su dignidad. Cuanto mayor grado de independencia mejor. La visión resulta pues netamente positiva, pues la sociedad recupera por esta vía a parte de su masa social, que pasa a participar en ella de forma activa; quienes, de otra forma, resultarían condenados a la mera beneficencia. El recurso a la crítica del paternalismo resulta ser uno de los ejes más reiterados para formular un ataque contra los DESC por los autores liberales, como he indicado⁸⁹. No obstante, el tratamiento despectivo de esta acción que dirigen los poderes públicos a los colectivos necesitados resulta desmedido. Las intervenciones coactivas en las que consisten las acciones paternalistas no tienen por qué ser consideradas ataques directos a la libertad y autonomía de las personas; como afirma RAZ: *“En la medida en que a los individuos se les garantiza unos adecuados derechos de participación política en el Estado liberal y dado que ese Estado es guiado por una moralidad pública que expresa una preocupación por la autonomía individual, sus medidas coercitivas no expresan un insulto a la autonomía de los individuos”*⁹⁰. Para este autor inglés, el paternalismo no tiene impacto en la autonomía del individuo, si su efecto pretende incrementar la seguridad en el disfrute de los derechos⁹¹. Se convierte por esta vía en una necesidad de justicia, y, por lo tanto, en un objetivo que debe guiar la acción de los poderes públicos. En este mismo sentido, LAPORTA sustituye el paternalismo por conceptos como el bienestar, la felicidad o el *“propio*

⁸⁸ Idem. Pág. 172.

⁸⁹ En este sentido BERLIN manifiesta que el paternalismo conlleva tratar a los hombres como si no fueran libres, como un material humano que se moldea de acuerdo con propósitos que el reformador benévolo elige. BERLIN, I. *“Dos conceptos de libertad y otros escritos”*. Ob. Cit. Págs. 67-68.

⁹⁰ *“Since individuals are guaranteed adequate rights of political participation in the liberal state and since such a state is guided by a public morality expressing concern for individual autonomy, its coercive measures do not express an insult to the autonomy of individuals”*. RAZ, J. *“The morality of freedom”*. Ob. Cit. Págs. 156-157.

⁹¹ Idem. Pág. 422.

bien del destinatario de la medida”, quedando justificada la intromisión en el ámbito de libertad del individuo cuando concurre su consentimiento⁹².

Sobre la felicidad KANT recogió la obligación de propiciar la misma como un deber que se convierte en un auténtico deber moral⁹³; el fin natural que tienen los hombres es su propia felicidad, en lo tocante al deber meritorio para con los demás, pero, por otro lado, los fines del sujeto que es fin en sí mismo tienen que ser también mis fines en la medida de lo posible, si aquella representación debe surtir todo su efecto⁹⁴. En la promoción de la igualdad de los grupos sociales en riesgo de exclusión no existe paternalismo como tal, sino que satisface una obligación pública de perseguir el bien general. Ésta es una decidida fundamentación para la tesis que propongo, dado que, con ella, se impregna la totalidad del ordenamiento jurídico. Por ello, cualquier acción de esta naturaleza responde a la satisfacción de un deber jurídico, más que a un puro altruismo.

Lo cierto es que el tan denostado concepto de *“paternalismo”* no es sinónimo de acción positiva; entiende el profesor LAPORTA, profundizando en su análisis sobre la moral y el poder, que: *“...si las intromisiones públicas tienen eventuales efectos perversos o no queridos sobre el orden social no se advierte muy bien por qué las omisiones públicas, que no son sino otro tipo más de acciones públicas, no van a tener otros efectos no queridos o perversos”*⁹⁵. Al respecto, la profesora RODRÍGUEZ PALOP mantiene un concepto restringido de esta institución, según el cual: *“...una norma o conducta es paternalista si, y sólo si, se realiza (o establece) con el fin de obtener un bien para una persona o grupo de personas, sin contar con la aceptación de la persona o personas afectadas (es decir, de los presuntos beneficiarios de la realización de la conducta o de la aplicación de la norma)”*⁹⁶. Esta definición y las demás puntualizaciones al concepto que acabo de indicar excluiría del concepto mismo de paternalismo el grueso de las acciones adoptadas en beneficio del grupo social de personas con discapacidad, pues ellos mismos, sobre la base de acciones personales o colectivas, son quienes, habitualmente, de forma personal o a través de las organizaciones representativas de sus intereses, se encargan de reclamar sus derechos.

⁹² F. LAPORTA. *“Entre el Derecho y la Moral”*. Ob. Cit. Pág. 54.

⁹³ KANT, I. *“Fundamentación para una Metafísica de las Costumbres”*. Ob. Cit. Págs. 72-73.

⁹⁴ Idem. Pág. 118.

⁹⁵ F. LAPORTA. *“Entre el Derecho y la Moral”*. Ob. Cit. Pág. 133.

⁹⁶ RODRÍGUEZ PALOP, M^a. *“Claves para entender los nuevos derechos humanos”*. Ed. Catarata. 2011. Págs. 169-170.

Lo que precisan estos grupos son instrumentos jurídicos adecuados para la exacción de sus derechos; esta afirmación debe matizarse con el planteamiento que formula esta misma autora, quien, siguiendo a ATIENZA, entiende que “...el paternalismo sólo está justificado cuando la persona en interés de quien se aplica la medida paternalista carece de competencia básica y, por lo tanto, tiene un déficit con respecto a la generalidad de sus congéneres; se encuentra en una situación de desigualdad negativa, que puede ser temporal o permanente, sectorial o total, pero que siempre hace falta corregir procurándole el bien primario del que carece”⁹⁷. Parecería pues que sólo cuando se dan los dos requisitos que acabo de exponer, se produciría, en verdad, la existencia de esta figura, o quizás tampoco, como voy a indicar a continuación.

No obstante, el análisis tradicional del concepto clásico de paternalismo puede quedar definitivamente arrumbado si tenemos en cuenta una institución jurídica de nuevo cuño; me refiero al sistema de apoyos, al que he hecho referencia anteriormente, que recoge el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, en cuyo apartado 3, se formula la declaración siguiente: “*Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica*”. Parecería pues que la misma hubiese podido quedar incluida en un esquema paternalista, establecido en beneficio de personas que, aquejadas de determinadas patologías, no pudieran gobernar su vida por ellos mismos, ya sea de forma total o parcial; no obstante, se va a poder ver que ello no es así. Son medidas de acción positiva que contribuyen a la consecución del principio de igualdad de oportunidades, respecto del que ostentan un derecho en función de su propia dignidad humana; por lo que no reúnen ninguno de los elementos que caracterizan esta figura. En este mismo sentido figura regulado en el TRDPCDYS, en cuyo artículo 6.2, bajo el epígrafe “*respeto a la autonomía de las personas con discapacidad*”, contiene la declaración siguiente: “*En todo caso, se deberá tener en cuenta las circunstancias personales del individuo, su capacidad para tomar el tipo de decisión en concreto y asegurar la prestación de apoyo para la toma de decisiones*”.

⁹⁷ RODRÍGUEZ PALOP, M^a. “La nueva generación de Derechos Humanos. Origen y justificación”. Ed. Dykinson. 2^a ed. 2010. Pág. 450.

Partiendo de estas orientaciones, algún autor propugna la reinterpretación de los derechos sociales, fuera de la lógica paternalista, a la luz de la lógica de la libertad⁹⁸. En este mismo sentido, como antídoto al paternalismo que el Estado social conlleva, HABERMAS propone que el ciudadano afectado considere y experimente la organización de la protección jurídica como un proceso político en el que él mismo debe participar en la construcción del contrapoder y en la articulación de los intereses sociales; se convierte en un instrumento cooperador para la realización del derecho, en cuya virtud se establece una relación entre el status jurídico positivo revaluado en términos colectivos y el status activo del ciudadano, poniendo en conexión el uno con el otro⁹⁹. La acción positiva del Estado se convierte, por esta vía, en una nueva función orgánica del sistema político de participación, que enriquece la vida social, ya que, indudablemente, la autonomía pública se encuentra vinculada con la autonomía privada. Cuanto mayor resulta el grado de inclusión en un entorno social, mayor es el grado de libertad de sus ciudadanos y más cohesionada y democrática es la sociedad. En la medida en que se produce, y se garantiza una misma consideración a los DESC y los derechos de autonomía o libertad, el paternalismo deja de existir. Dado que la libertad e igualdad de los ciudadanos puede quedar en entredicho, su respeto debe ser garantizado por el Estado sin depender de una solicitud del individuo. No requiere la solicitud de parte, dado que se instituye en un deber jurídico, sobre la base de la existencia del bien común. Resulta, pues, una necesidad de justicia.

Sobre la base de estos parámetros, se podría entonces entender que el paternalismo como tal, en relación con las personas con discapacidad, no debería existir; no obstante, resulta habitual proveer institucionalmente a este grupo de personas con discapacidad con determinados recursos sin tener en cuenta la opinión de las mismas personas beneficiarias. Podría preguntarme ¿por qué ocurre esto?; esencialmente, porque las políticas públicas, en este momento, no están diseñadas para generar una satisfacción de las necesidades de estas personas, sino acallar las conciencias críticas de la sociedad. Por otro lado, el propio grupo social en el que centro mi estudio no se encuentra interesado en

⁹⁸ ESCOBAR ROCA, G. *“Indivisibilidad y derechos sociales: de la Declaración Universal a la Constitución”* en TEROL BECERRA, M y JIMENA QUESADA, L. (directores) *“Tratado sobre protección de derechos sociales”*. Ed. Tirant lo Blanch. 2014. Pág. 80.

⁹⁹ En este sentido HABERMAS, J. *“Facticidad y validez”*. Ed. Trotta. 4ª ed. 2005. Pág. 494.

paternalismos, en cuanto conmiseración, sino que, como he dicho anteriormente, desea formar parte de manera activa en la sociedad, como ciudadanía en plenitud de derechos. El problema no estriba en la privación que todo paternalismo genera, sino en una cuestión de atribución de derechos y la naturaleza que éstos ostentan. Sobre la base de esta afirmación, la capacidad de decisión sobre la prioridad de las necesidades a atender y la jerarquía de medios de los que deben disponer debe garantizar una intervención de las propias personas beneficiarias; lo contrario significaría caer en un paternalismo interesado, inducido por el propio poder político, en función del cual se va a interferir su capacidad de decisión.

2.5. Ajustes razonables

El término “*ajuste necesario*” figura ya en la Ley estadounidense de Rehabilitación de 1973 y la de Americanos con discapacidad de 1990, en cuyos textos se exige la aplicación de esta institución como medio de superar las innecesarias barreras que impiden o dificultan las oportunidades laborales a aquellas personas con discapacidad que gozan de una cualificación suficiente.

El concepto enunciado, tiene validez en cuanto que determina el punto de partida de la institución; no obstante, esta fase resulta, hoy en día, insuficiente. Se pueden definir los ajustes razonables como: “*...aquellas medidas adoptadas a fin de adaptar el entorno, bienes y servicios a las específicas necesidades de ciertas personas, que, por diferentes causas, se encuentran en una situación especial; estas medidas tienden a facilitar la participación de dichas personas en igualdad de condiciones que el resto*”¹⁰⁰. Se trata, no obstante, de una interpretación de esta institución que incide, nuevamente, casi exclusivamente en un único aspecto como es la accesibilidad del entorno social, de los bienes, productos y servicios.

El precedente de la misma en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea es la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el

¹⁰⁰ DE ASÍS ROIG, R; AIELLO, A.L.; BARIFFI, F; CAMPOY, I; PALACIOS, A. “*Sobre la accesibilidad universal en el Derecho*”. Ed. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. Universidad Carlos III de Madrid. Ed. Dykinson, Madrid 2007. Pág. 73.

empleo y la ocupación, que establecía, entre sus principios, los siguientes: (9) *“El empleo y la ocupación son elementos esenciales para garantizar la igualdad de oportunidades para todos y contribuyen decisivamente a la participación plena de los ciudadanos en la vida económica, cultural y social, así como a su desarrollo personal”*. (11) *“La discriminación por motivos de (...) discapacidad (...) puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado CE, en particular el logro de un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de las personas”*. Por ello, en su artículo 5 dispone que: *“A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada actuación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades”*. Asimismo, obliga a que la legislación prohíba la discriminación en el empleo por varios motivos, entre los que se incluye la discapacidad, y que se promuevan medidas positivas de igualdad de oportunidades y la adopción de ajustes razonables que remuevan las barreras u obstáculos en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo en todo tipo de ocupación, incluida la integrada en la Administración pública. Medidas que expresamente promovía como no discriminatorias el Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas de fecha 22 de junio de 1983.

Recientemente, la Convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad, en relación con esta institución jurídica, en su artículo 4.1, dispone: *“Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad”*. Debe también hacerse mención al artículo 5.4 sobre Igualdad y no discriminación, según el que *“4. No se considerarán*

discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad”. Asimismo en su artículo 2, el texto literalmente declara: “Por discriminación por motivos de discapacidad se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables. Por ajustes razonables se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. En este mismo sentido, su artículo 5. “Igualdad y no discriminación”, punto 3, establece que: “3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.”; el artículo 13, “Acceso a la justicia”, punto 1: “1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares”. Complementariamente, el artículo 14, bajo el título “Libertad y seguridad de la persona”, punto 2, declara: “2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables.” ; el artículo 24. “Educación”, puntos 2.c “c) Se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales” y 5: “5. Los Estados

Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso general a la educación superior, la formación profesional, la educación para adultos y el aprendizaje durante toda la vida sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás. A tal fin, los Estados Partes asegurarán que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad.”; el artículo 27. “Trabajo y empleo”, punto 1.i “i) Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo”.

En el ordenamiento jurídico español, la nueva redacción dada al artículo 37 de la LISMI¹⁰¹ por el art. 38.1 de Ley 62/2003, de 30 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE 31 diciembre 2003, núm. 313), configuraba una institución que mantenía el sentido original de la Directiva europea antes indicada, al prever exclusivamente una medida de adaptación del puesto de trabajo con el fin de facilitar la accesibilidad del mundo laboral. Un significado distinto le fue otorgada a esta institución en la LIONDAU¹⁰², ya que en su artículo 4 se declaraba como violación de la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, las acciones: “...cuando se produzcan discriminaciones directas o indirectas, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas”. Asimismo, esta Ley en su artículo 7 definía como ajuste razonable: “...las medidas de adecuación del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos”. Igual predicamento gozaban las condiciones de accesibilidad que se encontraba amparadas en el artículo 10.3 de la LIONDAU, vinculándose con el concepto de igualdad de oportunidades, ya que el Artº 1.1 de esta Ley declaraba que: “...se entiende por igualdad de oportunidades la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por motivo de o sobre la base de discapacidad, incluida cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de

¹⁰¹ Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración social de los minusválidos (BOE 30 abril 1982, núm. 103)

¹⁰² Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE 3 diciembre 2003, núm. 289)

*obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Asimismo, se entiende por igualdad de oportunidades la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social”*¹⁰³. Como se puede apreciar por los textos que reproduzco, la LIONDAU supuso una innovación en la regulación legal de la figura, ya que se incluyeron otros ajustes distintos al ambiente físico, a veces incluso más importantes, como son los sociales y actitudinales, y que, de no aplicarse, podrían generar un componente de mayor discriminación hacia las personas con discapacidad.

De lo analizado hasta el momento, son dos las cuestiones que me plantea la regulación actual de esta institución en el ordenamiento jurídico interno: 1) su alcance y contenido; 2) la ponderación en su aplicación. En relación con la primera cuestión, de la lectura de los preceptos indicados, no se puede dar una lista cerrada de ámbitos materiales de aplicación; aun cuando se ciñe de forma habitual con carácter exclusivo al ámbito de la accesibilidad física de los entornos, resultarían medidas específicas que tienen como objeto o meta la accesibilidad en casos particulares, pero que se adoptan cuanto ésta no es posible desde la previsión del diseño para todos, teniendo en cuenta las necesidades específicas de una persona, si bien no reemplaza los incumplimientos de las condiciones de accesibilidad¹⁰⁴. No obstante, se pueden adelantar algunos de los ámbitos en los que la adopción de estas medidas adquiere un matiz esencial, como serían el empleo y aquéllos que han sido objeto de desarrollo a partir de la entrada en vigor de la Ley 51/2003: espacios urbanizados y edificaciones, acceso a la sociedad de la información, medios de transporte. Todos ellos inciden en aspectos básicos de la vida de las personas en sociedad. La Convención de la ONU, a mi juicio, tal como refleja el texto que ha sido reproducido, aporta un valor adicional a esta institución, en relación con

¹⁰³ Redacción, según modificación operada en virtud del artº 1.Uno de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de Adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (BOE 2 agosto 2011, núm. 184)

¹⁰⁴ DE ASÍS ROIG, R; AIELLO, A.L.; BARIFFI, F; CAMPOY, I; PALACIOS, A. “Sobre la accesibilidad universal en el Derecho”. Ob. Cit. Pág. 75.

la lucha a favor de la no discriminación, superando el nivel previsto en la propia LISMI e, incluso, la LIONDAU. El texto convencional analizado no reduce el ámbito material de esta institución al ámbito de la accesibilidad del entorno físico, sino que, por la vía de su vinculación con el concepto de igualdad de oportunidades, convierte la institución de los “ajustes razonables” en una herramienta eficaz de lucha contra la discriminación en todos los ámbitos en los que ésta pueda producirse. Uno de estos ámbitos donde puede llegar a ser aplicado, resulta ser el actitudinal; es decir, aquellos comportamientos sociales o decisiones que resulten necesarias para evitar un efecto discriminatorio. Resulta ser, pues, un instrumento válido para preservar la igualdad material de las personas con discapacidad.

Lamentablemente, el legislador español no siguió inicialmente ni el espíritu, ni la letra de la Convención, recogiendo en la Ley 26/2011 una modificación de la LIONDAU que seguía la orientación restrictiva de la vinculación de los ajustes razonables con la accesibilidad en el entorno físico. No obstante, en alguna de las leyes autonómicas que han sido promulgadas recientemente se avanza en el sentido que he apuntado anteriormente, dando a la institución un contenido más transversal. Así, por ejemplo, la Ley de igualdad de oportunidades de Castilla-León¹⁰⁵, recoge en su artículo 9 la declaración siguiente: *“Artículo 9. Ajustes razonables.1. De conformidad con la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad se entenderá por ajustes razonables todas aquellas modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio de todos los derechos y libertades en igualdad de condiciones que las demás personas. Asimismo, se entenderá por ajustes razonables las medidas de adecuación del ambiente físico, social y de aptitud a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos”*. Admite en el texto la que puede ser denominada interpretación

¹⁰⁵ LEY 2/2013, de 15 de mayo, de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad. (BO de C y L, de 24 de mayo de 2013, nº 98)

transversal del concepto, y la restringida; no obstante, ambos van en la línea que acabo de apuntar.

Esta misma vinculación con el principio de igualdad de oportunidades se recoge en el TRDPCDYS, que mantiene la misma definición que la LIONDAU, aunque con matices, ya que los define literalmente como: *“m) Ajustes razonables: son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos”* (art. 2.m). Previsiones específicas se contienen en el texto en relación con la educación (art. 16); accesibilidad interna en las empresas para facilitar la eliminación de las desventajas (art. 23.d). Mantiene la calificación de discriminatoria sobre la falta de adopción de medidas de ajuste razonables (art. 63). Reproduciendo los términos del derogado artículo 6 de la LIONDAU, el nuevo artículo 65 considera medidas contra la discriminación aquéllas que tengan como finalidad prevenir o corregir que una persona sea tratada de una manera directa o indirecta menos favorable que otra que no lo sea, en una situación análoga o comparable, por motivo de o por razón de discapacidad; y, en concreto, entre éstas se encuentra la exigencia de realizar ajustes razonables (art. 66.1). La redacción del precepto apunta una conclusión importante, al respecto: en la medida en que incluye adaptaciones actitudinales, deben entenderse comprendidas todas las acciones que resulten necesarias para la consecución del principio de igualdad de oportunidades. Es por ello que considero que esta figura tiene eficacia transversal.

Existe posibilidad de confundir el concepto *“ajuste razonable”* con el de *“acción positiva”*; uno y otro no son, a mi juicio, coincidentes. Ciertamente es que las medidas de *“ajuste razonable”* se encuadran en el concepto de acción positiva, dentro de las medidas que coadyuvan a superar las desigualdades generadas por la discapacidad, como lo son también, por ejemplo, las cuotas de reserva de empleo existente en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, de lo expresado anteriormente, el primer concepto se vincula directamente con una

acción preventiva de una situación discriminatoria que pudiera sufrir una persona con discapacidad en el supuesto de que el ajuste no se implante. La virtualidad de éste produce efectos inmediatos; es decir, si se aplica se evita la situación discriminatoria, si no se aplica, surge ésta. Este distinto carácter entre una y otra institución queda recogido en el artículo 63 del TRDPCDYS en el que distingue como vulneraciones al derecho a la igualdad de oportunidades los *“incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas”*. Por otro lado, en su artículo 2.g), se enuncian estas medidas de acción positiva como *“aquellas de carácter específico consistentes en evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad”*. Dentro de este grupo, más genérico que el de los ajustes razonables, se encuentran los apoyos personales (art. 68), y las medidas de ajuste personal y social en los Centros de empleo (art. 43.2); así como los ajustes personal y social en los Centros ocupacionales (art. 52.1). Es por ello, que éstas no se consideran con un efecto meramente preventivo, sino que acompañan normalmente a la persona a lo largo de toda su vida con el fin de evitar que, de su carencia, surja la discriminación.

La constitucionalidad de las medidas de acción positiva, ha sido aceptada por el Tribunal Constitucional, ya que el mismo en Sentencia núm. 269/1994, de 3 octubre (RTC 1994, 269), Recurso de Amparo núm. 3170/1993, Sala Primera, Ponente: D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, en la que relacionaba el establecimiento de medidas de discriminación positiva a favor de las personas con discapacidad, sobre la base del mandato contenido en el art. 9.2 de la Constitución Española y su plasmación que representaba el art. 49 del mismo texto constitucional, afirmó que: *«la reserva porcentual de plazas en una oferta de empleo, destinadas a un colectivo con graves problemas de acceso al trabajo, aplicada por la Comunidad Autónoma de Canarias, no vulnera el art. 14 CE, siendo por tanto perfectamente legítimo desde la perspectiva que ahora interesa, y que además constituye un cumplimiento del mandato contenido en*

el art. 9.2 CE, en consonancia con el carácter social y democrático del Estado (art. 1.1 CE)».

La segunda cuestión que indicaba en relación con los ajustes razonables es la relativa a su aplicación material; ésta exige un análisis de la situación para lo cual se debe emitir un juicio de valor, una ponderación en el juego ante la concurrencia de derechos de diversa naturaleza. Ello es así, dado que los ajustes razonables se catalogan como uno de los denominados “*conceptos jurídicos indeterminados*”. La STC 180/96 de 12 de noviembre, al referirse a los conceptos jurídicos indeterminados, dice que han de ser dotados de contenido concreto en cada caso, mediante la aplicación a sus circunstancias específicas de los factores objetivos y subjetivos que sean congruentes con su enunciado genérico. No obstante, no se puede olvidar que el concepto jurídico indeterminado se configura “*de tal forma que solamente se da una única solución justa en la aplicación del concepto a la circunstancia de hecho*” (STS de 28 de abril de 1964). García de Enterría y Tomás Ramón Fernández¹⁰⁶ consideran que con la técnica del concepto jurídico indeterminado la Ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados, no obstante lo cual, es claro que intenta delimitar un supuesto concreto... Si lo propio de todo concepto jurídico indeterminado, en cualquier sector del ordenamiento jurídico, es que su aplicación solo permite una única solución justa, el ejercicio de una potestad discrecional permite, por el contrario, una pluralidad de soluciones justas, o, en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del derecho. Asimismo, en el lado opuesto, la aplicación de los ajustes necesarios trae consigo la aplicación de otro concepto jurídico indeterminado: la carga desproporcionada, como excepción a la plena aplicación de las medidas. Esta excepción se recogía en el artº 7 de la LIONDAU, y sus términos se reproducen en el vigente art. 66.2 del TRDPCDYS, conforme al cual a efectos de determinar si un ajuste es razonable, se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación

¹⁰⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R. “*Curso de Derecho Administrativo*”. Vol. I. 14ª. Ed. Thomson-Civitas. Ed. 14ª. Pág. 467.

oficial o cualquier otra ayuda. Se mantienen en el nuevo texto la posibilidad de recibir ayudas públicas para contribuir a sufragar los costes derivados de la obligación de realizar ajustes razonables, y la solución arbitral de controversias que pudiera generar la aplicación de la medida.

A mi juicio, la deficiencia de la redacción de la LIONDAU se mantiene en el TRDPCDYS, por lo que considero que se va a perpetuar la nula implantación del precepto; si una conducta que, ante un caso de incumplimiento, incluso puede resultar merecedora de reproche penal, si luego se vincula su implantación a la existencia de ayudas públicas y a la posibilidad de reenviar las discrepancias al procedimiento arbitral del artículo 66.2 del TRDPCDYS, se puede fácilmente colegir las dificultades que conlleva la efectividad de la misma, y la devaluación automática que la propia técnica de redacción legislativa genera.

Casa mejor con las prescripciones del garantismo penal de nuestro ordenamiento jurídico las soluciones que reconducen el incumplimiento de las obligaciones de prestar los ajustes razonables hacia el entorno de la justificación de la conducta. En este sentido, la redacción del artículo 2 de la Convención, y reproduce el TRDPCDYS, mantiene la excepción al cumplimiento de la obligación en dos causas distintas: que la carga resulte desproporcionada o que resulte indebida, como he indicado anteriormente. Esta redacción se enmarca en un, a modo de, causa de exención de responsabilidad por el incumplimiento, que guarda relación con la justificación que apuntaba anteriormente. No obstante, tampoco puedo comprender que, si se enmarca la acción en el ámbito del lenguaje de los derechos, pueda una norma establecer excepciones a su cumplimiento. La igualdad de trato citada en el artículo precedente entronca directamente con el artículo 14 de la Constitución Española, y guarda relación con todas aquellas medidas que contribuyen a garantizarla. Como se puede ver de la lectura de los párrafos anteriores, esta institución nos introduce de lleno en el lenguaje de los derechos. Se deben utilizar, en consecuencia, conceptos como ponderación, o colisión de derechos, pero no excepciones a su cumplimiento.

Una de las cuestiones más trascendentales en cuanto a su implantación son las excepciones que se puedan argumentar por las personas físicas o jurídicas obligadas; la posibilidad que tienen de argüir la excepción de la carga

desproporcionada, deja un margen amplio de discrecionalidad en su cumplimiento. El problema es que no se fijan parámetros para su valoración; en un dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 23 de octubre de 2008, sobre la propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual¹⁰⁷, formula su opinión sobre factores adicionales que figura en la propuesta de Directiva como *“el ciclo de vida de los bienes y servicios”*, y *“los posibles beneficios que un mejor acceso reportaría a las personas con discapacidad”*, considerando que, dado que ambos factores adicionales deberían formar parte de cualquier valoración de la proporcionalidad, son innecesarios y pueden disuadir a los prestadores de servicios de protección social, beneficios sociales, asistencia sanitaria, educación, bienes y servicios, vivienda y transporte de aceptar la necesidad de emprender medidas para garantizar el acceso efectivo de las personas con discapacidad (apº 3.3.1.5). La opinión de este órgano cualificado de la Unión, deja en entredicho la política legislativa de la Unión Europea incluso en la elaboración de legislación derivada específica en el campo de los derechos humanos, pues, en ella, estos criterios no han sido tenidos en cuenta.

Respecto de esta institución, en el capítulo III desarrollo como propuesta para la mejora de la defensa de los derechos de las personas con discapacidad la aplicación transversal y eficiente de esta figura, con una serie de iniciativas que faciliten su implantación.

3. Un enfoque desde la teoría de las capacidades

En el presente apartado, como en los siguientes, pretendo abordar los enfoques transversales que, creo, predeterminan el análisis del grado de disfrute de sus derechos por las personas con discapacidad. Todos ellos se encuentran interrelacionados dentro del esquema de funcionamiento del marco social de relaciones. Según recoge el Informe Mundial sobre la Discapacidad existen circunstancias sociales que inciden en la aparición de la discapacidad, tales como el nivel de ingresos económicos, de tal manera que las personas en

¹⁰⁷ COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO. Dictamen sobre *“Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”*. Bruselas 14.01.2009. COM (2008) 426 final (Dictamen adicional). Pág. 1.

el quintil más pobre, las mujeres y los ancianos también presentan una mayor prevalencia de la discapacidad¹⁰⁸. Analizaré pues, si existen condiciones específicas que cualifican un grado especial de recepción de los DESC por las personas que integran estos grupos sociales. En primer lugar, voy a acometer el análisis de los ámbitos personales en los que se van a plasmar la individualidad de las personas, que es el sentido al que responden las capacidades que ahora analizo.

Una de las mayores dificultades con las que me he encontrado cuando he abordado la problemática sectorial que genera el estudio de los derechos de las personas con discapacidad es, precisamente, establecer su conexión con la categoría de los derechos fundamentales. En la sociedad de hoy, no resulta muy difícil entender por qué para el colectivo que estudio la accesibilidad o cualquier actividad correspondiente a los sectores que voy a analizar a continuación, son básicos para el desenvolvimiento de estos sujetos como personas dignas. No obstante la claridad de este pensamiento, no ha calado en el resto de la sociedad. A ello pretendo contribuir con este estudio.

Como analizaré en los dos capítulos siguientes, la fundamentación de la existencia de derechos específicos reconocidos a las personas con discapacidad no deja de ser sino el enlace con la dignidad humana; característica esta que los DESC, como estudio en el capítulo siguiente, comparten. Esta conexión ya ha sido comentada también respecto de las necesidades básicas a cuya cobertura van destinadas estos derechos. Las capacidades a las que hago referencia en el presente apartado, reflejan aquellos ámbitos que resultan precisos para el desenvolvimiento de la libertad de la persona, y en cuyo entorno surgen aquéllas. Ahora destaco el necesario aspecto transversal de esta teoría cuando afronto el desenvolvimiento personal de las personas con discapacidad en el sistema de derechos, ya que el análisis teórico lo llevo a cabo en el capítulo III.

El motivo de que acoja este enfoque de las capacidades en un apartado específico es que su análisis, a mi juicio, puede afectar a las conclusiones que extraiga, en relación con el objeto de mi estudio. Como desarrollo a lo largo de este apartado, este enfoque supone un ajuste expreso del modelo social de

¹⁰⁸ Informe Mundial sobre la Discapacidad. Obra. Cit. Pág. 9.

atención a las personas con discapacidad; no sólo éste exige una supresión de las barreras sociales que dificultan el trato igualitario de las personas con discapacidad, sino que en algunas de ellas, y en relación con determinados aspectos fundamentales de su desenvolvimiento personal, se deben poner en ejecución determinadas medidas de acción con el fin de maximizar los ámbitos de decisión personal, respetando por esta vía el grado de autonomía que pueda ser conseguido. La idea que subyace en el planteamiento que formula esta teoría de las capacidades es que la auto-realización de la persona humana no sólo se lleva a cabo mediante el desenvolvimiento pleno de aquéllas. Éste ha constituido el enfoque tradicional de la idea de dignidad humana, basado en las capacidades de las personas; de tal manera que ha supuesto que una persona con menos dignidad aparente fuera menos digna de consideración. En la actualidad, la dignidad se enmarca en un enfoque distinto basado en los derechos, en función del cual todas las personas resultan merecedoras de un mismo nivel de éstos, salvo en aquellos supuestos que pueda existir alguna causa de exclusión social, en cuyo caso cabe la adopción de medidas de acción positiva, con el fin de garantizar el principio de igualdad de oportunidades, dentro de su propia diversidad personal.

No obstante, el concepto que analizo impregna y modula el disfrute efectivo de los derechos por sus titulares. Compensa el exceso de libertad formal que lastra, a mi juicio, el disfrute de los derechos por las personas con discapacidad, en la manera que expongo en este apartado, ya que lo que debe buscar el sistema de derechos, en realidad, es el ejercicio de la libertad para alcanzar el desarrollo personal, inherente a la dignidad humana. La teoría de las capacidades resulta una teoría abiertamente inclusiva, conforme a la cual todas las personas, independientemente de su nivel de autonomía personal, tienen su lugar en el entorno social para maximizar sus habilidades, para desarrollar su proyecto vital.

Con el fin de facilitar la comprensión de esa conexión con la dignidad de la persona, he realizado una apuesta personal por la creación de un vínculo de cada uno de esos sectores con el concepto de *“las capacidades centrales”*, concepto básico en la teoría de la galardonada profesora Martha Nussbaum. La profesora NUSSBAUM identifica este concepto con el de derechos fundamentales y, por lo tanto, con el deber del Estado de desenvolver su

acción, a través de un sistema pleno de garantías. La virtualidad máxima que desenvuelven estas capacidades básicas, tiene su fundamentación en la dignidad de la persona.

Voy a utilizar para ello, como base de estudio, las consideraciones que efectúa NUSSBAUM de unas capacidades centrales representadas por: vida; salud física; integridad física; sentidos, imaginación y pensamiento; emociones; razón práctica; afiliación; otras especies; juego; control sobre el propio entorno¹⁰⁹. Cada una de ellas, las explica la profesora de la Universidad de Chicago, de la forma siguiente: 1) vida, en cuanto poder vivir hasta el término de una vida humana de duración normal; 2) Salud física, en el sentido de mantener una buena salud, incluida la reproductiva, así como una alimentación adecuada y de un lugar apropiado para vivir; 3) integridad física, en el sentido de desplazarse libremente de un lugar a otro, así como resultar protegido de ataques violentos, incluidos los sexuales, la violencia doméstica, y disponer de oportunidades para la satisfacción sexual y la elección sobre la funcionalidad reproductiva; 4) sentidos, imaginación y pensamiento, utilizando los sentidos, la imaginación, el pensamiento y el razonamiento, haciéndolo de un modo humano, formado y cultivado por una educación adecuada, y garantizado mediante la libertad de expresión y la libertad religiosa; 5) emociones, sintiendo apego por cosas y personas externas a nosotros; 6) razón práctica, pudiendo formarse una concepción del bien y reflexionar críticamente acerca de la planificación de la propia vida; 7) afiliación, pudiendo vivir con y para los demás, reconociendo interés por otros seres humanos, y participar en formas de interacción social; 8) otras especies, en cuanto crear una relación próxima y respetuosa con el entorno natural; 9) juego, disfrutando de actividades recreativas; 10) control sobre el propio entorno, ya sea en el orden político, a través del ejercicio del derecho de participación, con su corolario de libertad de expresión y asociación, y en el orden material, mediante el disfrute de derechos de propiedad en igualdad de condiciones, incluido un trabajo en plena igualdad. En la medida en que cada uno de los sectores que abordo en el presente capítulo guarda relación con alguna de esas capacidades centrales del ser

¹⁰⁹ NUSSBAUM, M.C. “*Crear capacidades*”. Ed. Paidós. 2012. Págs. 53-55.

humano, nos encontraremos ante un derecho que deberá ser catalogado como derecho fundamental.

Relacionado con el concepto que estudio se encuentra el de “*personalidades*”. Por el mismo, se debe interpretar que toda persona, independientemente de sus circunstancias y condiciones personales y sociales, tiene una personalidad diferente que el resto de los individuos, cuyo desarrollo constituye, precisamente, la base de su vida humana digna y pasa por la consecución de los planes de vida que libremente haya diseñado o elegido para sí mismo¹¹⁰. Este concepto trae consigo una modulación del principio que estudio, dado que el desenvolvimiento pleno de las capacidades debe marcarse como objetivo la satisfacción de la personalidad o “*las personalidades*” del individuo, en el sentido que acabo de expresar. Este principio figura contenido en la Convención, en cuyo artículo 3, como principio general de la Convención, figura en relación con los niños y niñas con discapacidad: “*h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad*”. Es decir, se debe plasmar en la intervención de los poderes públicos un proyecto de vida variable, en función del grado de madurez y facultades adquiridas por el individuo. Tal como expresan CAMPOY y PALACIOS, esta figura deriva directamente de los principios de dignidad, autonomía e independencia, que se plasma en el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, aunque adaptado a las circunstancias de la infancia¹¹¹. La misma, desenvuelve una especial importancia en relación con los niños y niñas con discapacidad, dado que existe una tendencia natural a la sobreprotección por los progenitores de estos niños y niñas con todo tipo de discapacidades; pero, especialmente, con una especial incidencia en el ámbito de la discapacidad intelectual y sensorial. Esta sobreprotección trae como consecuencia, frecuentemente, la pérdida de visibilidad social de estos grupos, así como la exclusión social permanente de las personas afectadas. Trabajando en el

¹¹⁰ CAMPOY CERVERA, I y PALACIOS RIZZO, A. “Niños y niñas con discapacidad” en CUENCA GÓMEZ, P (editora). “*Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*”. Obra. Cit. Pág. 558. Nota al pie nº 9.

¹¹¹ Idem. Págs. 562-563.

sentido apuntado, la acción de los poderes públicos sustraería parcialmente del entorno familiar la toma plena de decisiones respecto de aquéllas, lo que permitiría, por un lado, una descarga de la responsabilidad de sus miembros, así como la incorporación a la tarea asistencial la toma de decisiones con criterio técnico, por otro.

Mediante la acogida de las “*capacidades*” el nivel de prestaciones a allegar a cada individuo resulta variable en cuanto a su entidad y naturaleza. Los recursos no se alinean de forma indiscriminada, sino en la medida en que satisfacen un fin: la autonomía e igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Evidentemente, resulta contrario a un principio de justicia distributivo, pero entronca directamente con un principio de justicia material, en que cada sujeto, con un definido espíritu kantiano, resulta un fin en sí mismo. Lo importante es el grado de autonomía y libertad personal conseguido por cada individuo.

En el TRDPDYS se han introducido una serie de principios de la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad, entre los que figura el concepto de “*capacidades*” del artículo 8.1.c) de la Convención y el sistema de apoyos que recoge el artº 12. Ambos figuran incorporados a lo largo del texto, lo que demuestra que el legislador ha resultado sensible a este enfoque. De esta manera, el desarrollo de las capacidades de las personas con discapacidad, como principio del sistema, nutre el sistema de prestaciones establecido en beneficio de estas personas; entre las que se encuentran las de rehabilitación integral a las que se refiere el artículo 14.1, de tal forma que se fija como objetivo para la habilitación o rehabilitación médico-funcional obtener la máxima funcionalidad de las capacidades físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de la persona. Conforme reza el precepto indicado, este proceso se inicia con la detección e identificación de las deficiencias y necesidades psicosociales de cada persona y continuará hasta la consecución y mantenimiento del máximo desarrollo y autonomía personal posible. El objeto de las prestaciones rehabilitadoras no puede ser un fin concreto como, por ejemplo, la obtención de un empleo, sino la igualación de las capacidades y oportunidades de la persona con discapacidad, que se producirá, aunque no se obtenga aquél. En principio pues, parece que el enfoque legislativo sería el correcto.

Lo que no comparto es el modo en que se ha llevado a cabo; tal como expresaré más adelante de forma más exhaustiva, los derechos se ejercen para algo, con un fin. Este sentido, al que responde el concepto de capacidades, es lo que cualifica el sistema de derechos; en la medida en que esas capacidades enlazan con aspectos esenciales de la persona es lo que califica esos derechos como fundamentales, dado que protegen un ámbito personal irrenunciable. El legislador español, al no incorporar el concepto capacidades y apoyos al normativo de igualdad de oportunidades está poniendo el foco de su atención en una mera titularidad de derechos, por lo que existirá discriminación sólo cuando esos derechos no sean reconocidos. Se perpetúa por esta vía el mero formulismo con que ha sido dotado el ámbito de protección de los derechos de las personas con discapacidad desde la derogada LISMI hasta nuestros días, en el que han primado las funcionalidades sobre las capacidades. Se olvida que la situación de discriminación no se da con frecuencia de forma directa, en cuanto privación de derechos, sino de forma indirecta, cuando la aplicación práctica de esa titularidad resulta inexistente, ya sea por acción u omisión; si se aplica el enfoque de las capacidades, se incluiría un nuevo elemento de análisis, según el cual discriminatorio también sería aquel trato de una persona respecto de quien no se hubieran adoptado las medidas de apoyo que sus características personales hubiesen exigido. Es por ello que, a mi juicio, esos conceptos de capacidades y apoyos deberían haberse incorporado a la propia definición del concepto de igualdad de oportunidades, matizando esta definición que recoge el artículo 2 del Texto Refundido del modo siguiente: *“Igualdad de oportunidades: es el disfrute de las capacidades básicas y oportunidades de las personas garantizado por medio de la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por motivo de o sobre la base de discapacidad, incluida cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Asimismo, se entiende por igualdad de oportunidades la garantía de un sistema de apoyos, que las personas con discapacidad puedan necesitar para el pleno ejercicio de su capacidad jurídica*

y la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social”. Mediante esta propuesta entiendo que se introduce en el texto el enfoque correcto, dado que se facilita el análisis de en qué condiciones se produce una lesión de este principio: cuando no se garantiza el pleno disfrute de las capacidades básicas de las personas con discapacidad, ya sea a través de las medidas antidiscriminatorias, incluyendo las medidas de acción positiva, en las que se encuentra el sistema de apoyos; no hubiese podido ser otro el objeto de la reforma legislativa, si lo que se pretende es una vida social inclusiva de este grupo social.

A título de ejemplo, puedo plasmar la conclusión anterior sobre el artículo 29 del Texto Refundido, conforme al cual todas las personas físicas o jurídicas que, en el sector público o en el privado, suministren bienes o servicios disponibles para el público, ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada y familiar, están obligadas al cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, evitando discriminaciones, directas o indirectas, por motivo de o por razón de discapacidad; el precepto deja a salvo la libertad de contratación, siempre que el impedimento para la elección no venga determinada por la discapacidad, y aquellas diferencias de trato que estén justificadas por un propósito legítimo y los medios para lograrlo sean adecuados, proporcionados y necesarios. Si no se introducen en el análisis los conceptos indicados, resulta materialmente imposible precisar cuándo hay discriminación; mucho menos, cuando el alcance de su intervención se deja al libre albedrío del agente que puede causar esa situación discriminatoria. Por la vía que propongo, se permite entender que una acción resultará discriminatoria cuando se restrinjan las capacidades básicas de la persona concreta, ya sea en un ámbito de intervención individual por sí, o en la situación resultante de la puesta en marcha del sistema de apoyos. Por otro lado, el desarrollo de las capacidades de las personas con discapacidad no debe entenderse reducido al ámbito de determinadas prestaciones, sino que, sobre la base del texto de la Convención, hubiese debido quedar incorporado como un principio del sistema, junto con los demás que enumera el Texto en su artículo 3.

La norma peca, pues, de un excesivo formalismo cuando se abordan aspectos concretos como aquellos transversales que desarrollo a continuación. Sin duda este enfoque deja en precario a las personas con discapacidad en el disfrute de sus derechos. A mi juicio, de haberse planteado una redacción como la que he propuesto, hubiese resultado una apuesta innovadora respecto de textos anteriores como la LISMI o la LIONDAU.

El cambio de enfoque o paradigma, como así creo que habría que tratarlo, conlleva un cambio importante en el sector de la discapacidad. Hasta ahora decisiones legislativas como la compatibilidad de las pensiones de invalidez con la realización de trabajos residuales, el propio sistema de pensiones públicas que tienen reconocidas algunas personas con discapacidad, alejan a estas personas de una participación activa en el mercado y de la idea de la capacidad de estas mismas personas de asumir un rol dinámico en la vida social. Parece como si se hubiere querido aquietar al movimiento de la discapacidad con prestaciones públicas de todo tipo, garantizando un mínimo de subsistencia pero que, al mismo tiempo, les condena a la adopción en el “*sistema*” de un papel secundario. A mi juicio, el enfoque transversal que planteo obliga a un cambio de mentalidad, otorgando a estas personas un papel activo en el mismo rango que los demás miembros de la comunidad, ya sea desempeñado por cada uno de nosotros con o sin medidas específicas de ayuda dentro del marco que brinda el principio de igualdad de oportunidades. A esta posición de llegada nos avoca la implantación de un lenguaje basado exclusivamente en los derechos. Algunas soluciones correctas han surgido de la aplicación de este enfoque, y a ellas hago referencia en algunos de los apartados posteriores de este capítulo; son una clara muestra de que, con un acercamiento distinto al tradicional, puede ser garantizado el disfrute de sus derechos por las personas con discapacidad. Parecen grandes avances sociales, cuando, en realidad, resultan fruto de la aplicación de una racionalidad distinta en el seno de un lenguaje de los derechos, cuyas posturas tradicionales se han visto perpetuadas en exceso.

4. Un enfoque desde la perspectiva de género

En este caso, resulta preciso abordar también un enfoque específico, sobre la base del análisis de las características de un grupo de personas que sufren

una doble discriminación: por ser mujeres, y por tener una discapacidad. Aparte de los obstáculos discapacitantes, las mujeres con discapacidad sufren discriminación de género¹¹².

Para MILL, el estado normal y bello de la sociedad es la igualdad¹¹³; por ello, la perspectiva de género no responde exclusivamente a consideraciones de carácter político, en el sentido de que con ella se pretenda otorgar suficientemente apoderamiento a un sector de la población perpetuamente discriminado y que nunca ha obtenido un disfrute de derechos plenamente, sino también, sobre la base de razones igualitarias, el hecho de representar una porción mayoritaria de la población. Representa, pues, una clara deuda de la sociedad con un principio de justicia. Según recoge la *“Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia”* (EDAD), publicada por el INE en el año 2008 en nuestro país: *“El 59,8% de las personas con discapacidad son mujeres. Las tasas de discapacidad, por edades, son ligeramente superiores en los varones hasta los 44 años y a partir de los 45 se invierte la situación, creciendo esta diferencia a medida que aumenta la edad”*¹¹⁴.

En principio, por lo tanto, sobre la base de la cuantificación de la base de la población sobre la que voy a hablar, el análisis estaría justificado. No obstante, existen razones adicionales de peso que justifica la acción que propongo. Para HUETE, edad y género son variables de análisis fundamentales a la hora de analizar los procesos de exclusión de las personas con discapacidad, que afecta más, y con más severidad, a mujeres y personas mayores¹¹⁵. En determinados ámbitos sectoriales, por ejemplo, el género condiciona de forma abierta la posibilidad de ejercicio de un derecho entre las personas de este mismo grupo social¹¹⁶. Las mujeres con discapacidad aparecen como un colectivo especialmente afectado por la pobreza extrema, con una tasa que triplica la del resto de la población y es un 40% más alta que la de los varones con discapacidad. La tasa de pobreza extrema para las mujeres con

¹¹² Informe Mundial sobre la Discapacidad. Ob. Cit. Pág. 8.

¹¹³ MILL, J.S. *“La esclavitud femenina”*. Ob. Cit. Pág. 179.

¹¹⁴ Pág. 2.

¹¹⁵ HUETE GARCÍA, A. *“Pobreza y exclusión social de las mujeres con discapacidad en España”*. Ob. cit. Pág. 27.

¹¹⁶ *“La discapacidad por tanto determina fundamentalmente las oportunidades para acceder al mercado laboral, mientras que el género condiciona el acceso al puesto de trabajo”*. Idem. Pág. 45.

discapacidad, mayores de 60 años, es prácticamente el doble que la de los varones de esa misma edad¹¹⁷.

En el seno de las Naciones Unidas, las Normas Uniformes para la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 1993 (resolución 48/96), declaraba la necesidad de prestar especial atención a grupos tales como las mujeres¹¹⁸. En este mismo sentido, el reciente TRDPCDYS establece en su artículo 7.4, como un colectivo beneficiario de una acción de protección por los poderes públicos especialmente intensa, por ser especialmente vulnerables a una situación de discriminación múltiple, a este grupo de mujeres con discapacidad y las mujeres con discapacidad víctimas de violencia de género. Resultando en su artículo 7.3 que el nivel de protección debe resultar especialmente intenso también respecto de los derechos de las personas con discapacidad en los ámbitos siguientes: *“igualdad entre mujeres y hombres, ...”*.

Ellas se enfrentan continuamente a dichas circunstancias, que se evidencian en cotas mayores de desempleo, salarios inferiores, menor acceso a los servicios de salud, mayores carencias educativas, escaso o nulo acceso a los programas y servicios dirigidos a mujeres en general, mayor riesgo de padecer situaciones de violencia y todo tipo de abusos, etc.; realidad que se agrava por la existencia de normas y políticas que fomentan la dependencia y por la dificultad de introducir modificaciones en los hábitos preexistentes. De igual modo, las mujeres con discapacidad soportan, aún con más crudeza que los hombres con discapacidad, la persistencia de prejuicios, estereotipos e ideas recibidas, generalizados en todos los ámbitos, que distorsionan la imagen social y la percepción normalizada¹¹⁹. Como manifiesta la profesora BENGOCHEA, el sexo no es en sí mismo causa de discriminación hacia las mujeres, sino que es la posición social de género en la que se ha situado en la sociedad a las mujeres, intentando adaptarlas a roles y estereotipos masculinizados, lo que genera discriminación; asimismo, apunta que la discapacidad, junto a un hecho personal, es también una construcción social,

¹¹⁷ Idem. Pág. 59.

¹¹⁸ Versión online, disponible en <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=498>. Pág. 7.

¹¹⁹ *“Por la Igualdad, Unidas en la Diversidad”*. Colección CERMI.es. Volumen 19. Versión online en <http://www.cermi.es/esES/ColeccionesCermi/Cermi.es/Paginas/Inicio.aspx?TSMEIdPub=63>. Pág. 18.

ya que la sociedad crea parámetros para un individuo normal, y excluye y aísla “lo diferente”¹²⁰.

Como reconoce la STC 128/1987, de 16 de julio (FJ 6), en relación con la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, son cuestiones variadas como presupuestos de inferioridad física, o de una mayor vocación (u obligación) hacia las tareas familiares, las que favorecen que diversas disposiciones hayan venido a establecer diferencias de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, que, aunque aparentemente resulten de índole protectora, perpetúan y reproducen, en la práctica, la posición de inferioridad social de la población femenina. No obstante, Este Tribunal reconoce en ese mismo FJ “*la ilegitimidad constitucional de tales diferencias -así SSTC 81/1982, de 21 de diciembre (RTC 1982\81), y 7/1983, de 14 de febrero (RTC 1983\7), como iniciadoras de una línea jurisprudencial continuada- cuando no aparecen fundadas más que en el sexo de los afectados. La protección de la mujer por sí sola, ha afirmado el Tribunal -STC 81/1982, fundamento jurídico 1.º) (RTC 1982\81)- no es razón suficiente para justificar la diferenciación, ni es suficiente tampoco que el sujeto beneficiario de la protección sea la mujer, en cuanto tal mujer, pues ello, en tales términos, es evidentemente contrario al art. 14 de la C. E.*”. Por esta vía, a sensu contrario, cuando al género se une la condición social de persona con discapacidad sí podrían quedar justificadas medidas de acción positiva; ya que, como reconoce el Tribunal en la sentencia indicada, en su FJ 7: “*No obstante, no puede deducirse sin más de estas apreciaciones que toda desigualdad de trato que beneficie a un grupo o categoría que venga definido (entre otros factores concurrentes) por el sexo resultará vulneradora del artículo constitucional citado. Sin duda, la presencia de ese elemento diferenciador debe llevar a un más cuidadoso análisis de las causas subyacentes en la diferenciación, al tratarse de una característica expresamente excluida como causa de discriminación por la disposición constitucional; pero ello no debe hacer olvidar que, por un lado, y como reiteradamente ha indicado este Tribunal, no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia*

¹²⁰ BENGOCHEA GIL, P. “Mujeres con discapacidad, diferencia, exclusión y doble discriminación” en CUENCA GÓMEZ, P (editora). “Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español”. Ob. Cit. Pág. 480.

de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados, y por otro, que, como este mismo Tribunal ha sostenido, el tratamiento diverso de situaciones distintas «puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva» -STC 34/1981, de 10 de noviembre, fundamento jurídico 3.º; doctrina reiterada, entre otras, en la STC 3/1983, de 25 de enero, fundamento jurídico 3.º). La actuación de los poderes públicos para remediar, así, la situación de determinados grupos sociales definidos, entre otras características, por el sexo (y, cabe afirmar, en la inmensa mayoría de las veces, por la condición femenina) y colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aun cuando establezca para ellas un trato más favorable, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas”.

Pese a esta situación, no se ha incorporado la dimensión de género en el desarrollo de las políticas para hacer efectivo el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, ni la de discapacidad en la de género pese a que, en algunos casos, hayan incluido menciones específicas sobre las necesidades de las mujeres con discapacidad¹²¹. El propio Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad así lo reconoce en su apartado q): *“Reconociendo que las mujeres y las niñas con discapacidad suelen estar expuestas a un riesgo mayor, dentro y fuera del hogar, de violencia, lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación...”*. De acuerdo con la declaración anterior, resultaría que las mujeres y niñas con discapacidad presentan un riesgo mayor de sufrir no sólo situaciones discriminatorias, sino de ataques directos a su libertad e integridad, como enuncia el apartado indicado; además, esos ataques se

¹²¹ PELÁEZ NARVÁEZ, A. “Género y discapacidad” en DE LORENZO, R. y PÉREZ BUENO, L.C. (directores). “Tratado sobre discapacidad”. Ed. Fundación Academia Europea de Yuste. Thomson-Aranzadi. 2007. Pág. 156.

pueden producir de forma continuada. Estos hechos son reales y vienen corroborados por los datos; según ha hecho público la Confederación Española de Personas con Discapacidad Física y Orgánica (COCEMFE) el 5 de marzo de 2014, gracias al programa de prevención de violencia de género que desarrolla junto a la Confederación Estatal de Mujeres con Discapacidad (CEMUDIS) y con el apoyo de la Obra Social "la Caixa", se ha detectado en 2013 más de 150 casos de violencia en mujeres con discapacidad¹²².

La defensa de los derechos de este grupo de mujeres y niñas con discapacidad, no obstante, se enuncia en la Convención de una forma, a mi juicio, muy atenuada; en primer lugar, se reconoce una situación discriminatoria que se ve acentuada por su condición polimórfica, si bien las medidas que enuncia el texto son las generales para todos los restantes grupos sociales, de forma no diferenciada: *"1. Los Estados Partes ...adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención"*. Surge la pregunta, pues, de si no hubiese sido posible articular medidas específicas o cualificadas de protección de sus derechos, ante la situación de extrema gravedad que el propio texto enunciaba. Acciones específicas promocionales en beneficio de este grupo social se especifican en el artículo 3 (principios generales, sobre igualdad entre hombre y mujer), 8 (toma de conciencia, en relación con la lucha contra los estereotipos negativos por razón de género¹²³, y la necesidad de medidas de fomento del sistema educativo en beneficio de las niñas con discapacidad desde una edad temprana), 16 (sobre la adopción de políticas y legislación que preserve la situación de violencia, explotación y abuso), 25 (aplicación transversal de la perspectiva de género en relación con los servicios de salud, con especial

¹²² Noticias COCEMFE. 22.05.2014. Consulta 26.05.2014. Disponible en internet en el sitio http://www.cocemfe.es/comunicacion_portal/?p=4201.

¹²³ PELÁEZ NARVÁEZ justifica así su inclusión: *"Hubo consenso en las negociaciones en cuanto a reconocer la existencia de estereotipos y prejuicios en torno a la discapacidad que afectaban de manera especial a las mujeres"*. PELÁEZ NARVÁEZ, A. *"La no discriminación de las mujeres y niñas con discapacidad"* en VVAA. *"2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España"*. Ob. Cit. Pág. 237.

hincapié en el ámbito de la rehabilitación, y la implantación de servicios de salud preventiva en beneficio de las niñas con discapacidad¹²⁴), 28 (medidas de protección social y reducción de la pobreza), 34 (sobre composición del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, con una especial consideración en relación con las niñas con discapacidad del apartado 3 del artículo 4, a través de sus organizaciones representativas).

Hasta aquí he hecho referencia al ámbito de los principios; no obstante, resulta básico analizar cuáles son las medidas que se ponen a disposición de las mujeres y niñas con discapacidad para la defensa de sus derechos, y si las mismas resultan eficaces. Dos son las acciones que, tradicionalmente, se han seguido para aliviar la situación discriminatoria que sufre este grupo humano: medidas transversales (mainstreaming¹²⁵) y de acción positiva. Estas medidas no presentan una cualificación de género, dado que comparten la misma naturaleza que las que se reservan para el resto de miembros de sexo masculino de personas con discapacidad. Es por ello que, como indica PELÁEZ NARVÁEZ: *“...los instrumentos que proponen la eliminación de la discriminación contra las mujeres no han incorporado –ni apenas lo hacen-, la perspectiva de la discapacidad, silenciando una realidad mayoritaria en la población de referencia que fácilmente desemboca en una auténtica vulneración de sus derechos fundamentales”*¹²⁶.

Estas medidas, no obstante, deben constituir el eje de la acción pública, tal como destaca la Consideración 3 del Dictamen del Consejo de Estado 803/2006, de 22 de junio, relativa al significado general del Anteproyecto de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: *“su propósito va más allá del reconocimiento efectivo de la paridad o igualdad formal entre unas y otros y persigue la consecución de una igualdad plena y efectiva, eliminando situaciones reales de desigualdad que están perjudicando a las mujeres, mediante una acción normativa tendente a*

¹²⁴ PELÁEZ NARVÁEZ justifica así su inclusión: *“Teniendo en cuenta las diferentes barreras a las que se enfrentan las mujeres con discapacidad en materia de atención sanitaria...”*. Idem. Pág. 240.

¹²⁵ El “mainstreaming” de género ha sido definido por el Grupo de Expertos de la Unión Europea como la organización, la mejora, el desarrollo y la evaluación de los procesos políticos, de modo que una perspectiva de igualdad de género se incorpore a todas las políticas, a todos los niveles y en todas las etapas, por los actores normalmente involucrados en la adopción de medidas políticas.

¹²⁶ PELÁEZ NARVÁEZ, A. *“Género y discapacidad”* en DE LORENZO, R. y PÉREZ BUENO, L.C. (directores). *“Tratado sobre discapacidad”*. Ob. Cit. Pág. 157.

combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla. Desde la proclamada perspectiva de un derecho de las mujeres, el Anteproyecto trata de favorecer su situación, a través de un conjunto de medidas que responden al ambicioso objetivo de prevención y eliminación de conductas discriminatorias que perjudican a la mujer, y de políticas activas de igualdad a favor de la mujer". La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE 23 marzo 2007, núm. 71), contempla en el apartado II de su Exposición de Motivos una especial consideración de los supuestos de doble discriminación y las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres que presentan especial vulnerabilidad, como las mujeres con discapacidad; a lo largo del texto, recoge la especial sensibilidad del legislador hacia este colectivo, que debe orientar la actuación de los Poderes Públicos (art. 14.6). No obstante, el texto no contiene medidas de acción específicas referidas a este grupo.

En este capítulo extraigo una conclusión importante, a mi juicio: género y discapacidad plantean problemas que, sin dejar de mantener diferencias fundamentales, pueden ser acometidos desde una posición social común. Ambas tienen que ver con las diversidades funcionales y los parámetros de lo que se considera socialmente normal. En la medida en que la sociedad se abra y acoja lo diferente, se suprimirá, en parte, determinadas situaciones discriminatorias. Es por ello, que BENGOCHEA plantea la *"reeducción de la sociedad actual hacia una visión abierta e inclusiva, que entienda la diferencia como algo enriquecedor"*¹²⁷. Yo añadiría a este adjetivo otro: democrático. Sólo en un entorno profundamente democrático puede tener la consideración y respeto al diferente su máxima consagración; los fallos del sistema político respecto de la consideración igualitaria del desigual son, a mi juicio, fallos en la configuración democrática de aquél. La estandarización de la vida democrática resulta propia de una democracia formal; donde todos los ciudadanos y ciudadanas conviven con una mera titularidad de derechos, aunque no puedan

¹²⁷ BENGOCHEA GIL, P. *"Mujeres con discapacidad, diferencia, exclusión y doble discriminación"* en CUENCA GÓMEZ, P (editora). *"Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español"*. Ob. Cit. Pág. 480.

ser disfrutados plenamente. Adicionalmente, la inclusión social resulta ser un factor de desarrollo económico; como apunta GARICANO: *“La investigación económica moderna muestra que la clave del desarrollo económico no es tener una geografía favorable ni una cultura especial..., sino tener instituciones inclusivas robustas y bien diseñadas que, en lo económico, garanticen los derechos de propiedad, la ley y el orden, el funcionamiento de los mercados y la entrada libre en ellos, la efectividad de los contratos, el acceso a la educación y que, en definitiva, ofrezcan a los ciudadanos igualdad de oportunidades para mejorar su situación económica y la de sus hijos y que, en lo político, garanticen la participación y el pluralismo, y la imposición de restricciones y controles sobre la arbitrariedad de los políticos”*¹²⁸. El factor económico de la diversidad es un activo que no ha sido suficientemente estudiado.

Inciden en este aspecto, a mi juicio crucial, las razones por las que las mujeres y niñas con discapacidad deben ser tratadas de forma igualitaria, garantizando en todo momento el principio de igualdad de oportunidades, que enlaza con la subsistencia del modelo social actual. Como bien afirma la Exposición de Motivos de la Ley 4/2005, de 18 de febrero, de igualdad de mujeres y hombres en el Pas Vasco (BOE 14 noviembre 2011, núm. 274), Exposición de Motivos, apartado II: *“la igualdad de mujeres y hombres, además de ser un derecho humano, es una necesidad estratégica para la profundización en la democracia y para la construcción de una sociedad vasca más justa, cohesionada y desarrollada social y económicamente”*. De lo que se trata es, conforme enuncia el mismo texto en su apartado III: *“...una igualdad respetuosa con la diversidad e integradora de las especificidades de mujeres y hombres, que corrija la tendencia actual a la imposición y generalización del modelo masculino. Se trata, en suma, de que mujeres y hombres sean iguales en la diferencia”*. Este sentido ya lo recoge MILL en su obra *“La esclavitud femenina”*, para quien la desigualdad entre mujeres y hombres es uno de los principales obstáculos para el progreso de la humanidad, obstáculo que, a su juicio, deba superarse mediante una igualdad perfecta, sin privilegio ni poder para un sexo ni incapacidad alguna para el otro, ya que la *“regeneración del*

¹²⁸ GARICANO GABILONDO, L. *“El dilema de España”*. Ed. Península. 2ª Edición. 2014. Pág. 16.

género humano no empezará hasta que la relación social más elemental se someta al régimen de la igualdad, y hasta que los miembros de la humanidad aprendan a consagrar el mayor cariño, la más santa adoración, la amistad más indestructible, a un ser igual a ellos en capacidad y en derecho”¹²⁹.

Por otro lado, el TRDPCDYS enuncia como principios tanto la igualdad entre hombres y mujeres (art.3.f), como el respeto al desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad, y, en especial, de las niñas y los niños con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad (art.3.l). De la lectura del texto, interpreto que el modelo de atención de los derechos de las mujeres y niñas con discapacidad sigue sin situarse en el ámbito de los derechos fundamentales, en la medida en que son únicamente los poderes públicos los destinatarios de los mandatos legales de protección; los mismos deberían haber sido exigidos a los sujetos privados, dado que la preservación de esas medidas de igualdad persiguen la protección de la dignidad personal de este grupo especialmente sensible. Por otro lado, la inclusión es un bien relacional, y un fruto de interacciones, múltiples, entre todos los agentes sociales, ya sean las personas afectadas, las familias, las organizaciones de iniciativa social (tercer sector), el sector público y las empresas. El porqué de esta afirmación se ve en la redacción del artículo 7 del Texto Refundido:

“1. Las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que los demás ciudadanos conforme a nuestro ordenamiento jurídico.

2. Para hacer efectivo este derecho a la igualdad, las administraciones públicas promoverán las medidas necesarias para que el ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos de las personas con discapacidad sea real y efectivo en todos los ámbitos de la vida.

3. Las administraciones públicas protegerán de forma especialmente intensa los derechos de las personas con discapacidad en materia de igualdad entre mujeres y hombres, salud, empleo, protección social, educación, tutela judicial efectiva, movilidad, comunicación, información y acceso a la cultura, al deporte, al ocio así como de participación en los asuntos públicos, en los términos previstos en este Título y demás normativa que sea de aplicación.

¹²⁹ MILL, J.S. “La esclavitud femenina”. Ob. Cit. Págs.333-334.

4. Asimismo, las administraciones públicas protegerán de manera singularmente intensa a aquellas personas o grupo de personas especialmente vulnerables a la discriminación múltiple como las niñas, niños y mujeres con discapacidad, mayores con discapacidad, mujeres con discapacidad víctimas de violencia de género, personas con pluridiscapacidad u otras personas con discapacidad integrantes de minorías”.

Si bien se ha avanzado en la regulación normativa con la introducción de estas manifestaciones, no dejan de ser declaraciones de principios. Es el ámbito privado en el que, principalmente, se dan las lesiones a sus derechos.

5. Un enfoque desde la perspectiva de edad

Según pone de manifiesto el Informe Mundial sobre la Discapacidad, el número de personas con discapacidad crece, y es debido al envejecimiento de la población -las personas ancianas tienen un mayor riesgo de discapacidad- y al incremento global de los problemas crónicos de salud asociados a la discapacidad, como la diabetes, las enfermedades cardiovasculares y los trastornos mentales¹³⁰. En la Observación General nº 6 del Comité DESC “Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores” (13 período de sesiones, 1995) habla de este proceso como “una revolución silenciosa, pero de imprevisibles consecuencias que ya está afectando, y afectará todavía más en el futuro, a las estructuras económicas y sociales de la sociedad, a escala mundial y en el ámbito interno de los países”¹³¹. Discapacidad y edad se interrelacionan, ya que, como consecuencia del envejecimiento, se producen discapacidades en las personas, y, al tiempo, las personas con discapacidad ven incrementadas sus discapacidades con la edad¹³². No obstante darse esta circunstancia de manera fácilmente constatable, el grupo de personas de edad no han existido como categoría jurídica, por lo que lo que se ha generado, en realidad, es una situación de igualdad formal, que ha generado un estado históricamente compatible con situaciones de desigualdad material y con discriminaciones provocadas de

¹³⁰ Informe Mundial sobre la Discapacidad. Ob. Cit. Pág. 8.

¹³¹ Según recopilación que figura en documento HRI/GEN/1/Rev.7. 12 de mayo de 2004. Página 39.

¹³² BARRANCO AVILÉS, M.C. “Envejecimiento y discapacidad” en CUENCA GÓMEZ, P (editora). “Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español”. Ob. Cit. Pág. 575.

forma indirecta¹³³. El informe del Eurobarómetro sobre la discriminación publicado en 2012¹³⁴, permite extraer interesantes conclusiones en relación con la edad. A la pregunta sobre la percepción de discriminación por ser mayor de 55 años, un 45% de las personas entrevistadas responde que es total, coincidiendo con la media de la UE (27). Este porcentaje es mayor que la percepción sobre la discapacidad como motivo de discriminación (40%-46% media UE), y que el género (38%-31% media UE). Esta causa de discriminación sólo se ve superada por el origen étnico (58%-56 media UE), o la identidad sexual (transgénero-transexual) (53%-45 media UE). A la pregunta de cuán cómodo se sentiría teniendo en el cargo político más elevado del País a una persona con más de 75 años, la respuesta es la más baja de las causas sociales esgrimidas en la encuesta, tales como, entre otras, el género, orientación sexual, e identidad sexual. A la pregunta sobre los criterios en relación con la contratación entre personas con la misma cualificación y habilidad, la causa social que peor contribuye a la contratación es *“la edad del candidato, si es mayor de 55 años”* (66%-54 media UE), frente al aspecto del candidato, segunda causa (51%-45 media UE). Del estudio que acabo de comentar, resulta claramente que la edad es el motivo social principal de discriminación, sobre todo, en lo relativo al empleo.

Según las conclusiones que se contienen en el informe *“Discapacidades e Inclusión Social”*¹³⁵, extraídas de los datos que arroja la Encuesta sobre Discapacidades, Autonomía y Situaciones de Dependencia, del Instituto Nacional de Estadística (2008), la proporción de personas con, al menos, una discapacidad pasa del 2% entre 0 y 15 años al 4,7% en el tramo de edad laboral (16-64 años) y al 29,2% entre las personas de 65 y más años, por lo que, casi dos tercios del colectivo (exactamente el 57,9%, 2,2 millones de personas) se sitúan en edad de jubilación. Como refleja el indicado estudio, entre las personas mayores, la prevalencia de la tasa de discapacidad se acelera con la edad: 14 puntos entre 65 y 75 años; pasa a 28 puntos entre 75 y 85. A partir de los 85 años el 58% experimenta alguna discapacidad. Concluye asimismo, que la distribución de la prevalencia de discapacidades en función

¹³³ Idem. Pág. 580.

¹³⁴ Eurobarómetro Especial 393. *“Discriminación en la UE en 2012”*. Noviembre de 2012. Publicado en: ec.europa.eu/public_opinion/archives/.../ebs_393_fact_es_es.pdf. Pág. 44.

¹³⁵ Colectivo Loé. Ob. Cit. Pág. 37.

de la edad es muy similar a la que existía diez años antes, en 1999. Reflejo de ello es que, conforme al proceso de envejecimiento que sufre la población, el número de personas con discapacidad que pertenecen a este grupo de personas mayores, se verá incrementado en años venideros.

No obstante esta realidad social incontestable no ha sido acogida de forma mayoritaria por la Comunidad internacional; a título de ejemplo, la Carta Social Europea no recoge prescripción alguna sobre este grupo social, salvo a través del Instrumento de ratificación por parte de España del Protocolo Adicional a la Carta, hecho en Estrasburgo el 5 de mayo de 1988 (BOE nº. 99, de 25 de abril de 2000), en cuyo artículo 4 desarrolla un apartado específico en el que se contiene el derecho a protección social de las *“personas ancianas”*, con un conjunto de medidas, conforme a las cuales las Partes se comprometen a: *“tomar o promover, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, las medidas adecuadas encaminadas, en particular: 1. A permitir a las personas ancianas seguir siendo, durante el mayor tiempo posible, miembros de pleno derecho de la sociedad mediante: a) Recursos suficientes que les permitan llevar una existencia decorosa y desempeñar un papel activo en la vida pública, social y cultural ; b) la difusión de informaciones relativas a las facilidades y servicios de que disponen las personas ancianas y sus oportunidades de aprovecharlos. 2. A permitir a las personas ancianas escoger libremente su modo de vida y llevar una vida independiente en su entorno habitual durante todo el tiempo que lo deseen y que sea posible, mediante: a) La posibilidad de disponer de viviendas apropiadas a sus necesidades y estado de salud o de ayudas adecuadas para el acondicionamiento de la vivienda; b) la asistencia sanitaria y los servicios que su estado requiera. 3. A garantizar a las personas ancianas que viven en instituciones, la asistencia apropiada dentro del respeto a su vida privada, y su participación en la determinación de las condiciones de vida dentro de dichas instituciones”*. En la Carta Social Europea revisada de 1966 sí se contiene el derecho a la protección social, en beneficio de las personas con edad avanzada (art. 23). No obstante, dado que el Estado español no ha ratificado este segundo texto, serán las prescripciones de la primera la que resulten vinculantes en nuestro país. Las medidas que contiene la Carta Social

revisada, van dirigidas, como se ve, a garantizar la inclusión social de este grupo, bajo el marco de la dignidad humana.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su art. 25 incluye el derecho a un nivel de vida y bienestar adecuado para el titular del derecho y su familia, incluyendo los servicios sociales necesarios, en el supuesto, entre otros, de la edad avanzada. Con posterioridad, en 1991, la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante resolución 46/91, aprobó los Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad, en cuya sección titulada "*dignidad*" proclama que las personas de edad deben vivir con dignidad y seguridad y no sufrir explotaciones y malos tratos físicos y mentales, ser tratadas con decoro, con independencia de su edad, sexo, raza, etnia, discapacidad, situación económica o cualquier otra condición, y ser valoradas cualquiera que sea su contribución económica¹³⁶. Si bien el PIDESC¹³⁷ no contiene prescripción alguna sobre las personas mayores, no obstante en su Observación General nº 9 (apartado 13), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es de la opinión que los Estados Partes en el Pacto están obligados a prestar especial atención al fomento y protección de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad¹³⁸.

La Convención NU sobre los derechos de las personas con discapacidad sí recoge prescripciones sobre las personas de edad, en aspectos tales como la salud (artº 25), obligando a los Estados Partes a prestar servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades en el grupo de personas mayores; nivel de vida adecuado y protección social (artº 28), asegurando el acceso a personas mayores con discapacidad, a programas de protección social y estrategias de reducción de la pobreza. La regulación resulta claramente escasa, lo que ha llevado a alguna autora a formular un juicio crítico, en relación con los derechos del grupo que analizo¹³⁹.

¹³⁶ Disponible en internet en <http://www.un.org/spanish/envejecimiento/principios.htm>.

¹³⁷ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Aprobado por Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 2200 A (XXI Sesión), de 16 de diciembre de 1966.

¹³⁸ Según recopilación que figura en documento HRI/GEN/1/Rev.7. Ob. Cit. Página 41.

¹³⁹ "No parece, sin embargo, que el tratamiento en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad haya sido coherente en este sentido". BARRANCO AVILÉS, M.C. "Envejecimiento y discapacidad" en CUENCA GÓMEZ, P (editora). "Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español". Ob. Cit. Pág. 577.

El TRDPCDYS establece en su artículo 7.4, como un colectivo beneficiario de una acción de los poderes públicos especialmente intensa, por ser especialmente vulnerables a una situación de discriminación múltiple, a este grupo de mayores con discapacidad. En ese mismo texto legal, tipifica como sanciones muy graves en su artículo 95.4: *“e) Las conductas calificadas como graves cuando sus autores hayan actuado movidos, además, por odio o desprecio racial o étnico, de género, orientación sexual, edad, discapacidad severa o no posibilidad de representarse a sí mismo”*. Este solo hecho reconocido por el texto legal debería resultar suficiente para justificar un conjunto de medidas de acción positiva que restañe esta situación; no obstante, como explico en este apartado, la realidad resulta decepcionante.

Según la Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud de 1999 (INE, 1999), elaborada por el Instituto Nacional de Estadística, el IMSERSO y la Fundación ONCE, los porcentajes según género y cohortes de edad de discapacidad, arrojan unas conclusiones interesantes, ya que hay un porcentaje mayor de mujeres con discapacidad que de hombres, en todos los tramos de edad que recoge el estudio:

Porcentajes de discapacidad en población mayor según edad y sexo

EDAD	%HOMBRES	% MUJERES
65-69 años	17,097	20,728
70-74 años	21,952	29,94
75-79 años	32,516	39,915
80-84 años	42,895	50,073
85 y más años	59,164	65,658

La grave discriminación que sufre este grupo, unida a la incidencia de situaciones de doble discriminación como la discapacidad o el género, justifica la adopción de medidas no sólo de índole nacional, sino en el seno de organizaciones internacionales como Naciones Unidas, debiendo plasmarse en una Convención específica, como demanda el Tercer Sector en nuestro país, que apoya la creación de una Mesa Estatal por una Convención de la ONU por los Derechos de las Personas Mayores¹⁴⁰; iniciativa de HelpAge International y

¹⁴⁰ Se ha constituido inicialmente (05.2014) un grupo de trabajo formado por 17 entidades que abogan por la redacción del proyecto.

ligada al movimiento Adultos Mayores Demandan Acción (ADA), presente en 57 países. Por esta vía, se creará un instrumento que configure a este grupo de personas como un colectivo específico, necesitado de medidas concretas. Uno de los retos más difíciles de la sociedad actual será alcanzar la inclusión social de éste, para lo que será necesario reorientar las políticas públicas dirigidas a las personas mayores y replantearlas como políticas de derechos¹⁴¹.

De acuerdo con el considerando 25 de la Directiva 2000/78: *“La prohibición de discriminación por razones de edad constituye un elemento fundamental para alcanzar los objetivos establecidos por las directrices sobre el empleo y para fomentar la diversidad en el mismo. No obstante, en determinadas circunstancias se pueden justificar diferencias de trato por razones de edad, y requieren por lo tanto disposiciones específicas que pueden variar según la situación de los Estados miembros. Resulta pues esencial distinguir [entre] las diferencias de trato justificadas, concretamente por objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado laboral y de la formación profesional, y [las discriminaciones que deben ser prohibidas]”*.

Un aspecto especialmente regulado por el legislador en relación con este grupo de personas es el patrimonial; con el fin de paliar sus necesidades en este ámbito, entre otros beneficiarios, fue promulgada la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad (BOE 19 noviembre 2003, núm. 277). En su Exposición de Motivos, apartados I y II, desarrolla la fundamentación de la norma; así, en primer lugar, lo fija en el artículo 49 de la Constitución, como instrumento mediante el que se ordenan los medios necesarios para que la discapacidad que padecen no les impida el disfrute de los derechos que a todos los ciudadanos y ciudadanas reconocen la Constitución y las leyes, logrando así que la igualdad entre tales personas y el resto de los ciudadanos sea real y efectiva, tal y como exige el artículo 9.2 de la Constitución. Asimismo, destaca como una realidad social nuevas formas de discapacidad relacionadas con la edad como el Alzheimer y otras, que hacen aconsejable que la asistencia económica a la persona con discapacidad no se haga sólo con cargo al Estado o a la familia, sino con cargo al propio

¹⁴¹ BARRANCO AVILÉS, M.C. *“Envejecimiento y discapacidad”* en CUENCA GÓMEZ, P (editora). *“Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español”*. Ob. Cit. Pág. 584.

patrimonio que permita garantizar el futuro de la persona con discapacidad en previsión de otras fuentes para costear los gastos que deben afrontarse. Como fin último de la norma, se encuentra regular nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad, ya que considera el legislador que uno de los elementos que más repercuten en el bienestar de las personas con discapacidad es la existencia de medios económicos a su disposición, suficientes para atender sus específicas necesidades vitales. El objeto inmediato de esta Ley es la regulación de una masa patrimonial, el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, la cual queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma. La Ley ha sido modificada en virtud de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad (BOE 26 de marzo de 2009, núm. 73), con cambios en el ap. 2 párr. 4º del artículo 5 en virtud del art. 2.2 de la Ley. Esta modificación, amparada bajo la larguísima nomenclatura utilizada, persigue aclarar el concepto de acto de disposición de determinados bienes integrados en los patrimonios protegidos, habida cuenta la disparidad de criterios detectados en la práctica, según reza la Exposición de Motivos de la misma; en virtud de la reforma, no se considerarán actos de disposición el gasto de dinero y el consumo de bienes fungibles integrados en el patrimonio protegido, cuando se hagan para atender las necesidades vitales de la persona beneficiaria. No obstante, los limitados beneficios fiscales con los que ha sido dotada esta institución han dado lugar a un escaso uso de esa figura por parte de las posibles personas beneficiarias y sus familias. De forma incomprensible, no se ha valorado suficientemente las razones de interés general que justificaron la medida legislativa, dando preponderancia a razones de carácter fiscal.

Ya he hecho referencia en otro apartado de este capítulo a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de Promoción de la Autonomía Personal y

Atención a las personas en situación de dependencia (BOE 15 diciembre 2006, núm. 299), y el intento fallido que ha supuesto. La dimensión social del déficit de atención generado por la falta de implantación plena de la norma se refleja en el apartado I de su Exposición de Motivos. Según indica, las razones demográficas que motivaban la iniciativa eran: *“en España, los cambios demográficos y sociales están produciendo un incremento progresivo de la población en situación de dependencia, resultando necesario considerar el importante crecimiento de la población de más de 65 años, que se ha duplicado en los últimos 30 años, para pasar de 3,3 millones de personas en 1970 (un 9,7 por 100 de la población total) a más de 6,6 millones en 2000 (16,6 por 100); a ello hay que añadir el fenómeno demográfico denominado «envejecimiento del envejecimiento», es decir, el aumento del colectivo de población con edad superior a 80 años, que se ha duplicado en sólo veinte años”*. Las cifras facilitadas por el propio legislador son una clara demostración de la falta de responsabilidad política con la que se ha acometido la implantación de un sistema que hubiese permitido a nuestro país iniciar la senda de la normalización de la atención a este colectivo como sujeto de derechos.

6. Un enfoque desde la perspectiva de la infancia

Este grupo social sufre una situación discriminatoria de partida: se presume que la falta de madurez de los niños y niñas debe afectar a su capacidad de obrar, que sólo se adquiere con la mayoría de edad, que se alcanza a los dieciocho años (art. 12 CE); por lo que, hasta ese momento, su consentimiento debe resultar complementado mediante la intervención de un representante legal.

En el ordenamiento jurídico español, los y las menores gozan de una especial protección, a través de la denominada Ley de Protección Jurídica del Menor, Ley Orgánica 1/96 de 15 de enero (BOE 17 enero 1996, núm. 15), en cuyo artículo 11 se incluye como un principio rector de la acción administrativa y de los poderes públicos la integración familiar y social del menor. Asimismo, incluye en el artículo 13 una declaración especial en relación con la detección de situaciones de riesgo o desamparo de un o una menor, prescribiendo un específico deber de reserva en el apartado 3 del artículo. La Ley es la contextualización en nuestro ordenamiento jurídico del marco jurídico de

protección que crean diversos Tratados Internacionales ratificados por España, entre los que especialmente destaca la exposición de motivos de esta Ley la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada el 30 de noviembre de 1990; recientemente (14.04.2014), ha entrado en vigor el Protocolo Facultativo de esa Convención sobre los derechos de los niños a un procedimiento de comunicaciones, que fue aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 19 de diciembre de 2011 y cobró vigencia tras haber sido ratificado por diez países. Este tercer Protocolo (los otros dos son los relativos a la participación de los niños en conflictos armados, y el relativo a la venta de niños, pornografía y prostitución infantil) permite a los niños y niñas presentar quejas directamente al Comité de Derechos del Niño, órgano de vigilancia de la Convención, sobre las alegaciones de violaciones a sus derechos. La fundamentación de este Nuevo Protocolo es que 25 años desde la ratificación de la Convención, los derechos de los y las menores siguen siendo violados diariamente, incluyendo el uso de la violencia, la explotación y el abuso. Los niños y niñas sólo pueden formular sus reclamaciones si su Estado respectivo ha ratificado este Protocolo concreto y han agotado todas las posibles instancias en sus respectivos países. Este Protocolo ha sido ratificado por España el 3 de junio de 2013. La aportación destacada que efectúa la Convención, a juicio de la profesora BARRANCO es la introducción de un nuevo paradigma en la concepción moral y jurídica del menor, que se caracteriza porque los niños se reconocen como agentes morales y, por tanto, se genera por los Estados la obligación de atribuirles derechos¹⁴².

En el texto de la Convención no figuran muchas citas directas a las especiales necesidades de los niños y niñas con discapacidad; esta circunstancia puede deberse a la fecha en que fue aprobada. Indirectamente, se refiere a este grupo el artículo 1.1, al declarar que: *“Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de...los impedimentos físicos,... o cualquier otra condición*

¹⁴² BARRANCO, M.C. *“Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos”*. Cuadernos Bartolomé de las Casas. Ed. Dykinson. 2011. Pág. 97.

del niño, de sus padres o de sus representantes legales". Independientemente de lo irregular de esta declaración, aquí se esconde la especial consideración que le merece a la Asamblea General el grupo que estudio en este apartado; no obstante, la declaración tiene valor, ya que la efectúa en el sentido apuntado por entender que puede ser objeto de una especial discriminación. No obstante, contiene otra declaración interesante, ya que extiende la protección especial de estos niños cuando la discapacidad no les afecta a ellos, sino a sus padres, lo que resulta digno de elogio por la especial sensibilidad que demuestra. De especial interés resulta, asimismo, la declaración contenida en su artículo 4, conforme a la cual: *"Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional"*. Enuncia, pues, los DESC desde una cláusula de salvaguardia habitual en los textos internacionales, que permite modular su aplicación en función de las disponibilidades presupuestarias, como si los DESC fueran distintos a los restantes derechos que enuncia en el primer párrafo. Esta fórmula se utiliza para promover la ratificación entre un mayor número de países, sobre todo los que tienen escasos recursos, si bien, como avanzo en otro apartado del Capítulo II, esta declaración tiene una virtualidad jurídica relativa.

El eje de la protección de los niños y niñas con discapacidad en la Convención figura en el artículo 23, en virtud del cual, se les reconoce al *"niño mental o físicamente impedido"* el derecho a disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño y niña en la comunidad. Asimismo, reconoce el derecho a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación, al niño, a la niña y a las personas responsables de su cuidado, la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado de aquéllos y a las circunstancias de sus progenitores y progenitoras o de otras personas que cuiden de él; declarando que esa asistencia será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que

cuiden del niño o niña, y estará destinada a asegurar que el niño o niñas con discapacidad *“tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible”*. Por último, la Convención pone un especial hincapié en el intercambio de información en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños y niñas con discapacidad, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, con especial consideración a los países en desarrollo.

En el ámbito europeo, en virtud de la Resolución A 3-0172/92 del Parlamento europeo, se aprobó la Carta Europea de los Derechos del Niño. En su apartado 6, el texto contiene una declaración según la cual: *“6. Ningún niño podrá ser objeto, en el territorio de la Comunidad, de discriminación alguna por razón de nacionalidad, filiación, orientación sexual, etnia, color, sexo, lengua, origen social, religión, creencias, estado de salud y otras circunstancias, ni por ninguna de estas causas referidas a sus padres”*. Este texto reproduce el modelo que estamos viendo de extender la especial protección a los padres, sin cuyo amparo las medidas que el texto instituye resultarían insuficientes. En su apartado 21, contiene una declaración específica, según la cual: *“Todo niño minusválido deberá poder: a) Gozar de una atención y unos cuidados especiales; recibir una educación y una formación profesional adecuadas, que permitan su integración social, bien en un establecimiento ordinario, bien en un establecimiento especializado. b) Participar en actividades sociales, culturales y deportivas. Cualesquier niño que sufra una minusvalía deberá poder acceder a un empleo de acuerdo con sus aspiraciones, formación y capacidades”*. El texto refleja una clara descontextualización respecto de las normas internacionales más recientes; no obstante, hay que destacar la especial previsión que recoge en relación con el grupo de niños y niñas con discapacidad, y el hecho de formular como eje la educación y un pleno derecho de participación. Son muchas las omisiones que contiene el texto, no obstante.

La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad no prevé un conjunto específico de derechos para los niños y niñas con discapacidad en su artículo 7, sino declaraciones de carácter genérico. Así, en su apartado 1, se contiene el principio de igualdad material en el goce pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas; asimismo, en su apartado 2 se incluye con un efecto meramente declarativo *“la consideración primordial será la protección del interés superior del niño”*, en todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad¹⁴³. Por último, en el apartado 3, se acoge el derecho de las niñas y niños a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, para lo cual deben recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad, para poder ejercer ese derecho. El apartado r) del Preámbulo declara que los niños y las niñas con discapacidad deben gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, sobre la base de las obligaciones adquiridas por los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Como recoge PALACIOS, en el debate previo sobre el texto de la Convención había sido destacado por algunas organizaciones no gubernamentales que los niños y niñas con discapacidad eran particularmente vulnerables a sufrir violaciones de sus derechos, a ser víctimas de violencia física y sexual, a no ser registrados o registradas al nacer, a que se les denieguen su derecho a vivir una vida en familia, a ser institucionalizados o institucionalizadas, a no ser escuchadas ni tenidas en cuenta sus opiniones, a no tener oportunidades de desarrollar sus capacidades de forma óptima¹⁴⁴. Estas situaciones de riesgo quedaron reflejadas en el Preámbulo de la Convención, en su apartado q), desde una perspectiva de género, al entender que las mujeres y las niñas con discapacidad suelen estar expuestas a un

¹⁴³ No obstante, CAMPOY y PALACIOS abogan por una interpretación según la cual se puede dar a este “interés superior” interpretaciones más amplias, que tengan presente la autonomía, igualdad y la especificidad de la discapacidad y las implicaciones que presenta en relación con este grupo de personas. CAMPOY CERVERA, I y PALACIOS RIZZO, A. *“Niños y niñas con discapacidad”* en CUENCA GÓMEZ, P (editora). *“Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español”*. Ob. Cit. Pág. 561.

¹⁴⁴ PALACIOS, A. *“El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”*. Ediciones Cinca. 2008. Pág. 356

riesgo mayor, dentro y fuera del hogar, de violencia, lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación.

La perspectiva de la infancia se encuentra presente en el nuevo TRDPCDYS, en cuyo artículo 3, apartado I) incluye como principio general *“el respeto al desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad, y, en especial, de las niñas y los niños con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad”*. Asimismo, en el artículo 7.4, como un colectivo beneficiario de una acción de los poderes públicos especialmente intensa, por ser especialmente vulnerables a una situación de discriminación múltiple este grupo de niñas y niños con discapacidad. Como recoge el Informe de UNICEF elaborado por el profesor Ignacio Campoy: *“...en nuestro actual contexto de crisis económica la realidad de los niños y niñas en general y de los niños y niñas con discapacidad en particular está derivando a una situación muy peligrosa”*¹⁴⁵.

Existen prescripciones específicas en beneficio de los y las menores en otros preceptos del ordenamiento jurídico español, como la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen (BOE 14 mayo 1982, núm. 115), conforme a la cual se prohíbe la difusión de datos o imágenes referidos a menores de edad en los medios de comunicación cuando sea contrario a su interés, incluso cuando conste el consentimiento del o de la menor; entendiendo, conforme declara el artículo 4.3, que se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del o la menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del o la menor o de sus representantes legales.

La consecución de todos los objetivos planteados a lo largo del presente apartado, sólo pueden alcanzar a través de una acción transversal que se plasme en un sistema de apoyos propio, en el sistema educativo, en la accesibilidad del entorno y de los productos, bienes y servicios, etc. Tal como

¹⁴⁵ CAMPOY CERVERA, I. *“Estudio sobre la situación de los niños y niñas con discapacidad en España”*. Cuadernos para el Debate. Nº 2. UNICEF. Comité español. Huygens Editorial. Madrid. Recurso online, disponible en <http://www.unicef.es/actualidad-documentacion/publicaciones/estudio-sobre-la-situacion-de-los-ninos-y-las-ninas-con>. Pág. 13.

voy a desarrollar en los apartados siguientes. La puesta en marcha de un sistema de prestaciones positivas por los poderes públicos y la sociedad en general permitirá alcanzar el objetivo de la plena inclusión de este grupo con una *“especial sensibilidad”* a situaciones de riesgo, como he indicado. Este tipo de acciones sólo se pueden articular mediante los DESC. No obstante, como destaco en alguno de los apartados del análisis sectorial que llevo a cabo a continuación, la situación no es un camino de rosas, sino que contiene importantes amenazas que deben ser subsanadas. Como contiene la Resolución de la Asamblea General de UN de 18 de diciembre de 2014, se muestra: *“Gravemente preocupada porque las personas con discapacidad, en particular las mujeres, los niños, ...y las personas de edad, siguen siendo objeto de formas múltiples y agravadas de discriminación, y son aún en gran medida invisibles en los procesos de cumplimiento, seguimiento y evaluación de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y los objetivos de desarrollo convenidos internacionalmente, y observando que, si bien los gobiernos, la comunidad internacional y el sistema de las Naciones Unidas ya han logrado avances en la incorporación de la discapacidad, en particular los derechos de las personas con discapacidad, como un elemento esencial de la agenda para el desarrollo, aún subsisten problemas graves”*¹⁴⁶. La Declaración del Milenio fue adoptada en la Asamblea General de Naciones Unidas mediante Resolución de fecha 13 de septiembre de 2000¹⁴⁷, basada en un decenio de grandes conferencias y cumbres de las Naciones Unidas, en la que se hace constar que consideran como valores fundamentales esenciales para las relaciones internacionales en el siglo XXI: la libertad, la igualdad, la solidaridad, la tolerancia, el respeto de la naturaleza y la responsabilidad común.

Estos son los problemas que voy a desbrozar en el apartado que inicio a continuación.

¹⁴⁶ Resolución aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2014. *“La realización de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y otros objetivos de desarrollo convenidos internacionalmente para las personas con discapacidad hasta 2015 y después de esa fecha”*. Sexagésimo noveno período de sesiones. A/RES/69/142

¹⁴⁷ A/RES/55/2

7. El disfrute sectorial de sus derechos por las personas con discapacidad

Las líneas que siguen no pretenden establecer una diferenciación estanca entre los sectores que enumero. Todos ellos guardan relación con el principio de dignidad humana que desarrollo en el capítulo II; bajo este concepto se entiende que ser digno es aquél que puede desarrollarse sin interferencias en cualquier aspecto de su vida cotidiana, como ser autónomo, tal como he comentado al inicio del Capítulo en los conceptos previos. Es por ello que entiendo que todos estos análisis que planteo a continuación tienden a un mismo objetivo, por lo que se encuentran interrelacionados: lograr de las personas con discapacidad el disfrute de sus derechos en libertad, dispensando un grado de autonomía que les permita desarrollar su proyecto vital. Ni éstos son los únicos sectores, ni están incomunicados entre sí. Como recoge la Comunicación de la Comisión de la UE al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones *“Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad”*¹⁴⁸ de 12 de mayo de 2000, en su apartado 2.3, sobre las barreras de acceso: *“En este sentido, se hace especial hincapié en la necesidad de alcanzar una coordinación más estrecha entre aspectos afines en los ámbitos del empleo, la educación y la formación profesional, el transporte, el mercado interior, la sociedad de la información, las nuevas tecnologías y la política de los consumidores”*. Todos los sectores deben figurar comunicados y, más importante de todo, las medidas que se instituyan en uno de ellos con el objetivo de favorecer el disfrute de los derechos de las personas con discapacidad, debe favorecer esa misma medida en el resto. No obstante, como destaca el Informe Mundial sobre la Discapacidad, la realidad es que la formulación de políticas no siempre tiene en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad, o bien no se hacen cumplir las políticas y normas existentes¹⁴⁹. Ésta resulta la conclusión más ilustrativa que se puede extraer del análisis sectorial que efectúo a continuación.

Para llevar a cabo el desarrollo del apartado, he elegido aquellos sectores temáticos que se recogen en el articulado, tanto de la Convención como del TRDPCDYS; algunos como la contratación a distancia, con un criterio de

¹⁴⁸ COM/2000/0284. Ob. Cit. Pág. 8.

¹⁴⁹ Informe Mundial sobre la Discapacidad. Obra. Cit. Pág.9.

oportunidad, dado que se trata de un sector con un gran potencial para las personas con discapacidad, si bien, se encuentra huérfano de un desarrollo adecuado de las prescripciones que recoge el cuerpo legal que lo regula. La contratación bancaria ha sido incluida con el fin de dejar constancia de un sector que, tratándose de un mercado regulado, con un alto nivel de intervencionismo público, acoge de forma notablemente insuficiente prescripciones que preserven los derechos de las personas con discapacidad. El transporte ha sido incluido en la lista de análisis no desde el punto de vista de la accesibilidad, como lo hace el TRDPCDYS, sino desde un aspecto genérico como es la movilidad personal.

Podrían haber sido otros sectores, sin duda; no obstante, mi intención ha sido dar unas pinceladas sobre los ámbitos sociales más destacados, en los que se pudieran plasmar los derechos de las personas con discapacidad, destacando las dificultades reales que dificulten el pleno disfrute de sus derechos por estas personas.

7.1. Accesibilidad universal

Por el concepto de accesibilidad universal, se entiende la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible (artº. 2.c de la LIONDAU¹⁵⁰). Esta definición se mantiene en el art. 2.k del TRDPCDYS, que reproduce los términos del artículo indicado. Como reza este último precepto, presupone la estrategia de *“diseño para todos”*, que es definida en el apartado l) del mismo como: *“la actividad por la que se conciben o proyectan desde el origen, y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, programas, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El «diseño universal o diseño para todas las personas» no excluirá los productos de apoyo para grupos particulares de personas con*

¹⁵⁰ Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de los discapacitados. (BOE nº 289, de 23 de diciembre)

discapacidad, cuando lo necesiten”. Respecto de la regulación anterior, el nuevo Texto refundido incluye una excepción en su redacción, bajo el concepto *“siempre que ello sea posible”*. La inoportunidad de esta declaración resulta clara, pues nuevamente se presenta en una ley de cabecera una limitación previa en el concepto del derecho, no en su aplicación subsiguiente, lo que resulta realmente destacado en un sentido claramente negativo. El propio legislador impone límites al disfrute del derecho, lo que significa un grave defecto de técnica legislativa, con un claro efecto sobre la eficacia de la ley que se promulga.

El diseño para todos se rige por siete principios básicos¹⁵¹: uso equitativo, uso flexible, uso simple e intuitivo, información perceptible, tolerancia al error, mínimo esfuerzo físico y adecuado tamaño de aproximación y uso. Sobre la base de las virtudes expresadas, resulta evidente que de un producto accesible se beneficia toda la comunidad de consumidores y consumidoras, no sólo las personas con discapacidad. La accesibilidad y el diseño para todos nos ponen en relación con un concepto de discapacidad a la que se llama *“discapacidad de situación”*, que se define como una desarmonía entre la persona y su entorno, en la que ambos son responsables de los esfuerzos que se hagan para atenuarla o incrementarla¹⁵². Por esta razón, resulta a mi juicio de una importancia vital la accesibilidad de bienes y servicios, dado que toda la ciudadanía puede verse afectada, independientemente de que determinados grupos como las personas de edad o con discapacidad sufran las consecuencias de su falta, en mayor medida. Paralelamente, no hay que olvidar las perspectivas económicas que la misma genera, ya que las empresas se deben ver atraídas por el concepto de diseño para todos por las ventajas comerciales que conlleva¹⁵³.

La accesibilidad en ciertos sectores como, por ejemplo, la edificación, había quedado relegada a una cuestión meramente testimonial, pese a que la LISMI había recogido en su artículo 54, apartado 1, la redacción siguiente: “1.

¹⁵¹ Centro para el Diseño Universal (NC State University: The Center for Universal Design). Versión 2.0 (1 de abril de 1997).

¹⁵² DE LORENZO, R. *“El Futuro de las personas con discapacidad en el mundo”*. Ob. Cit. Pág. 62.

¹⁵³ CABRA DE LUNA, M.A. *“Personas con discapacidad y derecho”*. Estudios en homenaje a Manuel Ruiz Ortega. Escuela Libre Editorial. 2003. Pág. 46.

La construcción, ampliación y reforma de los edificios de propiedad pública o privada, destinados a un uso que implique la concurrencia de público, así como la planificación y urbanización de las vías públicas, parques y jardines de iguales características, se efectuará de forma tal que resulten accesibles y utilizables a los minusválidos". Pese a la claridad de su planteamiento, el incumplimiento del artículo ha sido sistemático tanto en edificios públicos como privados¹⁵⁴. El cambio de orientación legislativa resulta destacado, si parto en el análisis de la redacción de la Disposición final novena de la LIONDAU, sobre *"Condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones"*; en la redacción dada por el art. 1.13 de Ley 26/2011, de 1 de agosto, de Adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (BOE 2 agosto 2011, núm. 184), fija un compromiso no vinculante, dado que establece un plazo de dos años desde la entrada en vigor de la Ley para que se aprueben unas condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y las edificaciones, *"que serían obligatorias en el plazo de cinco a siete años desde la entrada en vigor de esta Ley para los espacios y edificaciones nuevos y en el plazo de doce a catorce años para todos aquellos existentes que sean susceptibles de ajustes razonables"*. El desarrollo del precepto de la LISMI había sido aprobado por el Real Decreto 505/2007, de 20 de abril (BOE 11 mayo 2007, núm. 113); norma reglamentaria que en su Preámbulo, ponía de manifiesto que: *"Transcurridos más de 20 años desde la promulgación de esta Ley, la existencia de diferentes Leyes y Reglamentos de ámbito autonómico sin un referente unificador, se ha traducido en una multitud de diferentes criterios que ponen en cuestión la igualdad y la no discriminación, entre las personas con discapacidad de diferentes Comunidades Autónomas"*. Establecida la obligatoriedad de esas condiciones en la Disposición Final quinta, por su incorporación al Código Técnico de la Edificación reconduce su incumplimiento, en virtud de la Disposición Final sexta, al régimen sancionador aplicable en ese momento, de conformidad con lo previsto en la disposición final undécima de la LIONDAU. Incumplir las condiciones de accesibilidad ha permanecido en la

¹⁵⁴ PALACIOS, A y ROMANACH, J. *El modelo de la diversidad*". Ob. Cit. Pág. 73.

impunidad más absoluta durante casi veinticuatro años; ello se ha traducido en que el 51,5% de las personas con discapacidad manifieste tener dificultad para desenvolverse con normalidad en su vivienda o edificio, especialmente en las escaleras (43,3%) y cuartos de baño (29,8%). Estas cifras aumentan a las dos terceras partes en el grupo de edad de 80 y más años¹⁵⁵.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, en el apartado v) del Preámbulo, destaca la importancia de la accesibilidad en el entorno, y la importancia que ostenta esta circunstancia para el ejercicio pleno de los derechos humanos y libertades fundamentales, declarando literalmente: “v) *Reconociendo la importancia de la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural, a la salud y la educación y a la información y las comunicaciones, para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales*”. La accesibilidad se enumera como uno de los principios fundamentales que informan la Convención (artículo 3.f), para alcanzar el propósito declarado en su artículo 1 que consiste en: “...*promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*”. El artículo 9 del texto convencional plasma las condiciones en la que ese derecho debe ejercerse, dado que declara: “1. *A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas*

¹⁵⁵ “Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (EDAD)”. INE. 2008. Pág. 9.

urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a: “a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores...”.

Por otro lado, el artículo 20 exige de los Estados Partes que adopten medidas efectivas para asegurar que las personas con discapacidad gocen de movilidad personal con la mayor independencia posible, entre ellas: “...b) *Facilitar el acceso de las personas con discapacidad a formas de asistencia humana o animal e intermediarios, tecnologías de apoyo, dispositivos técnicos y ayudas para la movilidad de calidad, incluso poniéndolos a su disposición a un costo asequible; c) Ofrecer a las personas con discapacidad y al personal especializado que trabaje con estas personas capacitación en habilidades relacionadas con la movilidad*”. Pese a ello, la burocracia administrativa no ha jugado todas las cartas que tenía en su mano, dado que, como denuncia el CERMI sobre la pasividad del Gobierno en completar el desarrollo reglamentario de la Ley 51/2003 (LIONDAU) respecto de la accesibilidad a bienes y servicios a disposición del público: “...diez años después sigue sin ejecutar, impide proteger adecuadamente los derechos de las personas con discapacidad que se encuentran con un vacío normativo que garantice su plena igualdad de oportunidades”¹⁵⁶. La pasividad del Gobierno no se justifica ni por el rango normativo del instrumento que se exige (potestad reglamentaria), ni por los intereses generales en juego.

Ahondando con espíritu crítico en lo que considero el déficit de la aplicación real de este derecho, en relación con la ayuda a la movilidad personal que brindan ciertos animales, como los perros guía, la falta de conocimiento social sobre las necesidades de las personas con discapacidad queda reflejada, en la reseña de una noticia que ha tenido cierta relevancia en los medios de comunicación. En la noticia de la prensa¹⁵⁷, una usuaria de perro guía ha sido condenada a indemnizar a una viandante que tropezó con el animal. En la sentencia dictada por la Audiencia Provincial se extiende sobre el perro y a la usuaria una especie de responsabilidad objetiva; el perro guía está

¹⁵⁶ CERMI. “Derechos Humanos y Discapacidad”. Informe España 2013. Ob. Cit. Recurso online, disponible en www.cermi.es/es-S/Novedades/.../INFORME%20DDHH%202013.pdf. Pág. 17.

¹⁵⁷ Diario Alerta. Edición 17/01/2015. Pág. 8.

entrenado para sortear obstáculos, por lo que resulta difícil pensar que el animal empujó a la persona que cayó; por otro lado, tal como recoge la noticia, el animal debió sortear los obstáculos que, en forma de periódicos y revistas de un kiosco cercano figuraban en la acera; el resultado: un accidente y casi 30.000€ de daños para la usuaria del perro. Hay quien se podría preguntar: ¿quién fue causante del daño?; a mi juicio, el titular del kiosco que, como tantas otras personas, dejan las vías públicas llenas de obstáculos, sin que ninguna autoridad reconvenga esta situación; estos obstáculos obligaron al perro a cambiar su trayectoria, con el fin de garantizar a la usuaria una vía libre sin obstáculos. Este es un ejemplo, como otros que iré destacando a lo largo del trabajo, de la falta de conocimiento de la judicatura sobre las condiciones de vida de las personas con discapacidad; esta falta de sensibilidad exige de futuro que les sean impartidas medidas de formación específica para quienes, en última instancia, van a garantizar la exigibilidad de los derechos de este grupo.

Otro de los efectos que introduce el artículo mencionado de la Convención tiene un valor destacado, puesto que justifica la utilización de terceras personas, como auxiliares de movilidad, sin que por ello se desvirtúe la justificación misma de que, en realidad, contribuyen al ejercicio mismo del derecho a la movilidad de la persona con discapacidad; estas personas auxiliares están incluidas en las medidas de accesibilidad a adoptar por cuanto acompañan normalmente a una persona con discapacidad a su destino. Una declaración sencilla en su alcance, pero que tiene una funcionalidad práctica muy destacada, pues evita claramente disfuncionalidades. En este mismo sentido, se insiste al respecto en el artículo 19 del texto convencional, en el que, literalmente, se pone de manifiesto: *“Los Estados Partes en la Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad...”*, asegurando en su artículo 19, en especial que: *“....b) Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y*

su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta". El texto convencional incide, pues, en el derecho a vivir de forma independiente y a la inclusión de la persona con discapacidad en la comunidad; plasmando la garantía de la autodeterminación personal, es decir, que las personas con discapacidad puedan decidir el cómo y dónde vivir, como eje de su dignidad personal. En el nuevo modelo de acercamiento a la discapacidad recogido en la Convención, el modelo social (según el cual, es la propia sociedad la que crea las barreras que impide a la persona desenvolver en plenitud su libertad e igualdad, por lo que deben ser suprimidas con el objetivo de lograr su inclusión en todos los ámbitos de la vida social como instrumento para alcanzar el libre y pleno desarrollo de su personalidad) y de la diversidad (la situación de la persona con discapacidad en el ámbito social constituye un factor de enriquecimiento social), no resulta determinante el grado de discapacidad, sino la situación concreta en la que se encuentran las personas. La garantía de movilidad personal supone, como ha quedado expuesto, la adopción de medidas adaptadas a cada persona y, asimismo, el acceso a los medios que la hagan efectiva. Resulta preciso la implantación en el entorno social de un principio de *"autodeterminación dinámica"*, mediante el que estas personas deciden cómo y cuándo pueden moverse, si bien a un costo asequible, para que puedan disfrutar realmente del nivel de derechos que tienen reconocidas.

Con este objetivo, en nuestro país se ha promulgado el Real Decreto 1056/2014, de 12 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de emisión y uso de la tarjeta de estacionamiento para personas con discapacidad (BOE de 23 de diciembre de 2014, nº 309). Esta medida va destinada a las personas con discapacidad que presentan movilidad reducida (art. 1). Uno de los aspectos más destacados de la norma es que, dentro de ese concepto amplio de accesibilidad de los entornos por el que abogo, recoge un concepto de persona con movilidad reducida amplio, en el que no sólo se acoge a las personas con discapacidad física; los beneficiarios de esta medida legislativa han de ser personas con discapacidad en el sentido del artículo 4.2 del TRDPCDYS, y debe concurrir en ellos la circunstancia de presentar movilidad reducida, pero también el grado de discapacidad visual que recoge el texto, en la medida en que de la misma también se deriva una restricción de la

movilidad. La medida también resulta extensible a las tarjetas de estacionamiento de las personas físicas o jurídicas titulares de vehículos destinados exclusivamente al transporte colectivo de personas con discapacidad (art. 3.1 y 3.2).

En el TRDPCDYS, en su artículo 1.a), la accesibilidad se configura como un instrumento para la efectividad del principio de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad; resultando uno de los principios fundantes de la Ley (art. 3.h). El principio de accesibilidad se predica de forma especial de las actividades que se desarrollen en los siguientes sectores: a) telecomunicaciones y sociedad de la información; b) espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación; c) transportes; d) bienes y servicios a disposición del público; e) relaciones con las administraciones públicas; f) administración de justicia; g) patrimonio cultural, de conformidad con lo previsto en la legislación de patrimonio histórico; h) empleo (art.5). Ante la redacción con la que el legislador ha redactado el epígrafe del artículo *“Ámbito de aplicación en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal”*, parece que ha establecido un orden jerárquico conforme al cual estos sectores son los que resultan básicos para preservar la libertad del individuo.

La inaccesibilidad quedaría configurada como una forma de discriminación que, a su vez, implica un menoscabo en el ejercicio del principio de igualdad^{158, 159}; resulta una condición ineludible para el ejercicio de los derechos en igualdad de oportunidades por todos los individuos, y para, en último término, conseguir el logro de la igual dignidad humana, del libre desarrollo de la personalidad de todas las personas¹⁶⁰. Sobre la base de esta afirmación, en los supuestos de violación del derecho quedaría abierta la posibilidad del ejercicio de acciones tales como las preferentes y urgentes de protección de derechos fundamentales, sobre la base de la aplicación del artículo 9.2, en relación con el artículo 1.1, 10.1 y 14 del texto constitucional.

¹⁵⁸ DE ASÍS ROIG, R; AIELLO, A.L.; BARIFFI, F; CAMPOY, I; PALACIOS, A. *“Sobre la accesibilidad universal en el Derecho”*. Ob. Cit. Pág. 82.

¹⁵⁹ Discriminación estructural, en la que el factor voluntario resultaría menos relevante, tal como la define COURTIS, en COURTIS, C. *“La justicia de los derechos de las personas con discapacidad”* en DE LORENZO, R. y PÉREZ BUENO, L.C. (directores). *“Tratado sobre Discapacidad”*. Ob. Cit. Pág. 791.

¹⁶⁰ DE ASÍS ROIG, R; AIELLO, A.L.; BARIFFI, F; CAMPOY, I; PALACIOS, A. *“Sobre la accesibilidad universal en el Derecho”*. Ob. Cit. Pág. 64.

La Carta Social Europea (Revisada), aprobado por el Consejo de Europa el 3 de mayo de 1996, recoge en su artículo 15 un apartado 3 en el que se comprometen los estados signatarios a promover la plena integración y participación social de las personas con discapacidad y, en particular, mediante la aplicación de medidas, incluidas las ayudas técnicas, dirigidas a superar las barreras a la comunicación y a la movilidad y a permitirles acceder a los transportes, a la vivienda, y a las actividades culturales y de ocio. La accesibilidad resulta de una trascendencia social y económica importante, en la medida en que incide de forma favorable en los derechos de los consumidores y consumidoras y favorece el consumo de esos productos, al incrementarse el espectro de aquéllos a quienes van destinados; igualmente, potencia el desarrollo de toda una industria con un componente de investigación, desarrollo e innovación esencial. Este aspecto ha sido destacado por la Comunicación de la Comisión de la UE al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones *“Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad”*¹⁶¹ de 12 de mayo de 2000, texto en cuyo apartado 3.2 lo califica como un *“factor competitivo importante para las empresas”*.

Estos principios figuran recogidos igualmente en los trabajos del CESE, que acoge favorablemente el firme compromiso de la EED (Estrategia Europea de la Discapacidad) respecto de la accesibilidad y su incidencia positiva en la sociedad (por ejemplo, para las personas mayores y las personas con movilidad reducida). Las empresas accesibles tendrán una clientela adicional (15 % de los consumidores); nuevos productos generan nuevos mercados y son una fuente de crecimiento sostenible de la economía¹⁶². En la Resolución del Consejo de la UE 2008/C 75/01 se cataloga la accesibilidad como la piedra angular de una sociedad integradora basada en la no discriminación.

En la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 26 sobre la Integración de las personas discapacitadas, el texto declara: *“La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas*

¹⁶¹ COM/2000/0284. Ob. Cit. Pág. 11.

¹⁶² -apartado 3.5 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras» (COM(2010) 636 final) (2011/C 376/15- (21.09.2011).

discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad". Por esta vía, se eleva a rango fundamental la accesibilidad.

Como muestra de la esencialidad de este derecho, la accesibilidad en el entorno social condiciona de forma decidida el acceso al disfrute de servicios esenciales como los servicios médicos, el desempeño de las tareas inherentes al puesto de trabajo de la persona con movilidad reducida, la justicia, y el pleno ejercicio de los restantes derechos fundamentales. Es por ello que puedo afirmar que la accesibilidad se vincula con el ejercicio de todos y cada uno de los derechos fundamentales; paralelamente, el ejercicio y disfrute de estos derechos figura condicionado por la accesibilidad. La accesibilidad pasa a ser una faceta relacionada con el ejercicio de los derechos¹⁶³. Como afirma CUENCA¹⁶⁴ se trataría, a raíz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, del surgimiento de un nuevo derecho constitucional implícito. Bajo esta perspectiva, se puede enunciar no sólo como un derecho, sino como un principio¹⁶⁵. Este aspecto viene contenido en el propio texto de la Convención, en su Preámbulo, donde señala: "*v. Reconociendo la importancia de la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural, a la salud y la educación y a la información y las comunicaciones, para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales*". Desde la perspectiva del modelo social de atención a la discapacidad, ciertas herramientas como el diseño para todos y la accesibilidad universal cobran una importancia fundamental como medio de prevención de situaciones de discapacidad¹⁶⁶.

Por esta vía, adoptaría este derecho una dimensión jurídica, en cuanto parte del contenido del derecho a la no discriminación, como un derecho subjetivo, o un principio jurídico, o de todos ellos, y una dimensión política,

¹⁶³ DE ASÍS ROIG, R; AIELLO, A.L.; BARIFFI, F; CAMPOY, I; PALACIOS, A. "*Sobre la accesibilidad universal en el Derecho*". Ob. Cit. Pág. 29.

¹⁶⁴ CUENCA GÓMEZ, P. "*El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en los derechos constitucionales*" en CUENCA GÓMEZ, P (editora). "*Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*". Ob. Cit. Pág. 36.

¹⁶⁵ Idem. Pág. 55.

¹⁶⁶ PALACIOS, A. "*El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*". Ob. Cit. Pág. 124

como un mandato legal a los poderes públicos¹⁶⁷. En cuanto principio, la accesibilidad se ha erigido hoy en día como la estrategia más idónea para garantizar la igualdad y la no discriminación de las personas con discapacidad, poseyendo por esta vía también, un alcance constitucional, ya que los principios derivados de las normas constitucionales poseen el rango de dichas normas¹⁶⁸.

En cuanto derecho, se admiten tres proyecciones de esta realidad: la accesibilidad forma parte del contenido esencial de los derechos fundamentales, forma parte del contenido específico del derecho a no ser discriminado, y la accesibilidad configura un derecho independiente¹⁶⁹. Desde el primer punto de vista, en cuanto se considera la accesibilidad como un requisito ineludible para la realización efectiva de los derechos, forma parte de su contenido esencial, gozando de la protección específica que se brinda a los derechos, tanto en lo que se refiere al recurso de amparo, como al control de constitucionalidad¹⁷⁰. A mi juicio no es ninguno de los tres en especial, sino que resulta ser una síntesis de todos ellos, sin perjuicio de mantener la esencialidad del derecho.

Resulta difícil imaginar cómo un derecho, con una fundamentación del alcance que contemplo, esencial para el desenvolvimiento de la persona humana, ha sido tradicionalmente ignorado por los poderes públicos y, todavía en mayor medida, por los poderes privados. En este último concepto quedaría comprendido un grupo social integrado por aquellos individuos, instituciones y grupos que, no estando revestidos de autoridad pública, realizan actividades de tipo social y que desempeñan un importante papel en relación con el respeto de los derechos fundamentales. En el mismo, se encontrarían los productores de bienes y servicios, debiendo éstos asumir el respeto del principio de accesibilidad¹⁷¹.

Relacionado con la accesibilidad se encuentra el derecho a la rehabilitación personal. El vínculo entre estos dos conceptos refleja claramente la transversalidad con la que debe ser tratada la discapacidad, ya que, cuanto

¹⁶⁷ DE ASÍS ROIG, R; AIELLO, A.L.; BARIFFI, F; CAMPOY, I; PALACIOS, A. “Sobre la accesibilidad universal en el Derecho”. Ob. Cit. Pág. 81.

¹⁶⁸ Idem Pág. 106.

¹⁶⁹ Idem. Pág. 107.

¹⁷⁰ Idem. Pág. 108.

¹⁷¹ Idem. Págs. 82 y 144.

más accesible resulte un entorno, menos esfuerzo deberán efectuar los poderes públicos para lograr la rehabilitación de la persona; son, por lo tanto, dos ámbitos que se encuentran interrelacionados. El mismo figura recogido en el artículo 14 del Texto Refundido, conforme al cual: *“1. La rehabilitación o rehabilitación médico-funcional tiene como objetivo conseguir la máxima funcionalidad de las capacidades físicas, sensoriales, mentales o intelectuales. Resulta un proceso, conforme al cual se inicia con la detección e identificación de las deficiencias y necesidades psicosociales de cada persona y continuará hasta la consecución y mantenimiento del máximo desarrollo y autonomía personal posible” (art. 14.1)*. En el número 2 de ese mismo artículo, se recoge como elemento coadyuvante al fin de la rehabilitación la implantación de los apoyos necesarios, su desarrollo personal y participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás. Los programas de rehabilitación se complementan con el suministro de tecnologías de apoyo, como prótesis y órtesis, dispositivos, vehículos, y otros elementos auxiliares para las personas con discapacidad (art. 14.4). La LISMI recogía en su artículo 18 una definición de rehabilitación en el sentido de ser un proceso dirigido a que las personas con discapacidad adquieran su máximo nivel de desarrollo personal y su integración en la vida social, en determinados sectores. El legislador había confiado la satisfacción de ese derecho a una serie de prestaciones que agotaban, en principio, el ámbito en que se encuadraba la accesibilidad. No obstante, con la reforma introducida en el TRDPCDYS la accesibilidad se relaciona con el ejercicio de los derechos, por lo que el disfrute del mismo no puede quedar acotado, salvo en la medida en que entren en colisión con otro derecho. Es por ello que la accesibilidad no tiene límite, dado que debe resultar implantado un entorno accesible, siempre que resulte necesario para el disfrute y ejercicio de otro derecho con el que guarde relación.

A mi juicio, la reforma ha ido en la línea correcta, otra cosa distinta es su aplicación, como desarrollaré a continuación. Este derecho a la rehabilitación ya figuraba recogido en la Carta Social Europea de 1961, en su artículo 15; no obstante, hasta ahora le había sido otorgado un ámbito material reducido exclusivamente a al de las prestaciones médicas en el marco del sistema general de la Seguridad Social, dado el sistema médico-rehabilitador de

atención de las personas con discapacidad imperante. El Estatuto de los Trabajadores sigue la orientación indicada en cuanto que lo configura como un derecho; ejemplo de ello es el artículo 40.3. Ter, añadido por Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE 7 de julio de 2012); conforme al artículo indicado, en el marco del derecho de protección a la salud, los trabajadores con discapacidad que acrediten la necesidad de recibir fuera de su localidad un tratamiento de rehabilitación, físico o psicológico relacionado con su discapacidad, tendrán derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional, que la empresa tuviera vacante en otro de sus centros de trabajo en una localidad en que sea más accesible dicho tratamiento, en los términos y condiciones establecidos en el apartado anterior para las trabajadoras víctimas de violencia de género y para las víctimas del terrorismo (obligación de la empresa de comunicación de las vacantes existentes en dicho momento o las que se pudieran producir en el futuro, duración inicial de seis meses, durante los cuales la empresa tendrá la obligación de reservar el puesto de trabajo que anteriormente ocupaba la persona trabajadora).

Ya he explicado la innovación introducida en la institución por el texto convencional. La importancia que se dio en el seno del grupo de trabajo en el que se preparó su texto, venía justificada por la falta de reconocimiento generalizado de la accesibilidad universal como un derecho. No obstante, por su conexión con el concepto de discriminación indirecta, gran parte de las discriminaciones sufridas por las personas con discapacidad eran consecuencia precisamente de la carencia de accesibilidad¹⁷²; por la existencia de múltiples barreras. La importancia de éstas en la limitación de los derechos de este colectivo de personas fue puesto de manifiesto en la Comunicación de la Comisión de la UE al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones *“Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad”*¹⁷³ de 12 de mayo de 2000, texto en cuyo apartado 2.1 se formulaba la declaración siguiente: *“Las barreras presentes en el entorno constituyen obstáculos más graves a la participación social que las limitaciones funcionales”*. Resulta destacable este documento, por lo tanto, no

¹⁷² Idem. Pág. 45.

¹⁷³ COM/2000/0284. Ob. Cit. Pág. 5.

sólo por el carácter limitativo de las capacidades que se atribuye a las barreras sociales que encuentra este colectivo, por encima de sus propias limitaciones funcionales, sino su vinculación con la igualdad de oportunidades, y, por lo tanto, con la igualdad material, en cuanto que se le limita al individuo su inclusión social.

En el marco del estudio de la accesibilidad, desempeña un papel básico, como he destacado, la existencia de barreras¹⁷⁴. Desde un análisis de la teoría de los derechos, se define “*barrera*” como todo obstáculo que dificulte o impida, en condiciones de igualdad de oportunidades y de plena participación, el acceso de las personas a alguno o algunos de los ámbitos de la vida social¹⁷⁵. Las barreras que deben ser superadas por una persona con discapacidad son de varios tipos, siendo el resultado distinto, en función de la tipología de análisis que se lleve a cabo: 1) desde la propia descripción del tipo, se pueden distinguir tres barreras: las intrínsecas, vinculadas con los niveles de funcionalidad de cada individuo; las ambientales, impuestas por las condiciones físicas o sociales del medio; las interactivas, referidas a la habilidad requerida para determinadas actividades, como mecanismos de pago, o las derivadas de las necesidades de comunicación. 2) Desde el punto de vista del ámbito de accesibilidad, se enumeran las barreras que operan en cada uno de tales ámbitos; este es el sistema elegido por el derogado artículo 3 de la LIONDAU, ya analizado en el que se enunciaba una relación de ámbitos materiales sobre los que se debe plasmar la accesibilidad¹⁷⁶. La dificultad que conlleva una enumeración de este tipo resulta lógica: si se asume que la discapacidad resulta una realidad mutable, tal como recoge la definición contenida en la Convención y el artículo 2.a) del TRDPCDYS, la desigualdad que genera debe ser cubierta también con medidas de alcance y contenido variable. Es por ello que, por ejemplo, se propone incluir en esa enumeración las barreras

¹⁷⁴ La Organización Mundial de la Salud (OMS), promocionó la denominada Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF), adoptada durante la 54ª Asamblea Mundial de la Salud, que tuvo lugar en Ginebra (Suiza) entre el 14 y el 22 de mayo de 2001, en la que se define barrera como: “*Barrera: son todos aquellos factores ambientales en el entorno de una persona que condicionan el funcionamiento y crean discapacidad. Pueden incluir aspectos como por ejemplo un ambiente físico inaccesible, la falta de tecnología asistencial apropiada, las actitudes negativas de las mujeres y hombres hacia la discapacidad, y también la inexistencia de servicios, sistemas y políticas que favorezcan la participación*”.

¹⁷⁵ DE ASÍS ROIG, R; AIELLO, A.L.; BARIFFI, F; CAMPOY, I; PALACIOS, A. “*Sobre la accesibilidad universal en el Derecho*”. Ob. Cit. Pág. 58.

¹⁷⁶ En este sentido, Idem Pág. 59.

actitudinales que son aquéllas que derivan de la propia cultura y actitud de las personas hacia la discapacidad¹⁷⁷. La dificultad de esta última se traduce en que sólo puede ser superada mediante medidas educativas y resulta un proceso lento, al que contribuye de forma determinante el proceso de normalización; es decir la participación plena de las personas con discapacidad en el entorno social.

En el caso de ausencia de justificación para el incumplimiento de las condiciones de accesibilidad universal, la discriminación que genera su falta debe conllevar directamente la sanción de la infracción cometida¹⁷⁸. Esta es la orientación que seguía la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, que aprueba el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE 27 diciembre 2007, núm. 310), en cuyo artº. 1 incluía la accesibilidad en el objeto material de la Ley. Pese a recoger en la exposición de motivos que el texto legal respondía a la exigencia de los poderes públicos de mecanismos específicos para que puedan disfrutar los derechos de ciudadanía de las personas con discapacidad con garantía y en igualdad de condiciones, la efectividad de la Ley ha resultado nula, a pesar de calificar como infracción grave el incumplimiento de las exigencias de accesibilidad, así como la negativa a adoptar las medidas de ajuste razonable (artº. 3.3.b), y quedar sancionada la conducta con un monto económico de hasta 90.000€ (artº. 4.3). Esta Ley ha sido derogada por la disposición derogatoria única del TRDPCDYS, en cuyo artículo 81.3 califica como grave: *“b) El incumplimiento de las exigencias de accesibilidad, así como la negativa a adoptar las medidas de ajuste razonable, a que se refiere el artículo 66 así como en sus normas de desarrollo”*; manteniendo el mismo módulo económico para este rango de faltas en su art. 83.3. Conforme a la redacción del artículo 81.4, podría calificarse como muy grave una conducta consistente en: *“b) El incumplimiento reiterado de los requerimientos administrativos específicos que formulen los órganos competentes para el ejercicio de las competencias necesarias para dar cumplimiento a las previsiones de esta ley, y en sus normas de desarrollo”*.

¹⁷⁷ Idem. Pág. 60.

¹⁷⁸ Idem. Pág. 77.

A mi juicio, de una mayor eficacia para la definitiva implantación de este derecho resulta el conjunto de medidas sancionatorias indirectas que recoge el artículo 85, para los autores de conductas tipificadas como graves o muy graves; en cuyo caso, los órganos competentes propondrán, además de la sanción que proceda, la prohibición de concurrir en procedimientos de otorgamiento de ayudas oficiales, consistentes en subvenciones o cualesquiera otras ayudas en el sector de actividad, en cuyo ámbito se produce la infracción, por un período máximo de un año, en el caso de las graves, y de dos, en el caso de las muy graves. Asimismo, cuando las infracciones sean muy graves, además los órganos competentes propondrán la supresión, cancelación o suspensión total o parcial de ayudas oficiales, consistentes en subvenciones y cualesquiera otras que la persona sancionada tuviese reconocidas en el sector de actividad en cuyo ámbito se produce la infracción. A mi juicio, ésta sí sería una medida eficaz; no obstante, ningún uso se ha hecho de la misma.

Un aspecto destacado de este derecho resulta su eficacia transversal; a título de ejemplo, la Comunicación de la Comisión de la UE al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones *“Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad”*, ya citada,¹⁷⁹ de 12 de mayo de 2000, en su apartado 3.2, declara: *“...las políticas destinadas a promover el empleo de las personas con discapacidad no serán eficaces a menos que se vean apoyadas por acciones destinadas a reducir de manera efectiva y, en la medida de lo posible a suprimir, los problemas en materia de accesibilidad”*. Desde este punto de vista, correspondería a los poderes públicos incorporar el principio de la accesibilidad en las políticas y líneas de acción con carácter general en cualquiera de los ámbitos de actuación pública¹⁸⁰, con el fin de que pueda resultar efectivo el disfrute de los demás derechos.

En numerosos casos, las acciones a llevar a cabo por los poderes públicos exigen, únicamente, un cambio de mentalidad; tener en cuenta en el diseño del entorno las necesidades de determinados grupos sociales, para cuya satisfacción no precisa especiales desembolsos. A título de ejemplo, según

¹⁷⁹ COM/2000/0284. Ob. Cit. Pág. 11.

¹⁸⁰ DE ASÍS ROIG, R; AIELLO, A.L.; BARIFFI, F; CAMPOY, I; PALACIOS, A. *“Sobre la accesibilidad universal en el Derecho”*. Ob. Cit. Pág. 84.

recoge el Informe Mundial sobre las Personas con Discapacidad, el coste de centrarse en la accesibilidad en los nuevos edificios públicos supone un costo adicional del 1%, lo que resulta inferior al de adaptar los edificios existentes¹⁸¹. Otro ejemplo de ello, la utilización en las ciudades de pictogramas comprensibles para personas con discapacidad intelectual; todos sabemos la dificultad que, en algunos casos, conlleva para todas las personas, con o sin discapacidad, la comprensión del significado de determinadas señales como las de circulación, que, en algunos casos, mantienen sentidos incluso contradictorios. La redacción por las autoridades de la Administración del Estado de un Código de Circulación en el que se introdujera el criterio de utilización de claves metodológicas que dieran respuesta a las necesidades de todas las personas a la hora de orientarse y comunicarse con el medio urbano, facilitaría no sólo una mayor capacidad de comprensión de estas señales a la generalidad de conductores y conductoras, sino que permitiría acceder a la conducción de un vehículo a personas que, de otro modo, lo tienen vedado.

En la introducción a este capítulo hablaba de la falta de interés del mercado en el grupo de personas con discapacidad como sujetos activos en la relación de consumo. Desde el punto de vista apuntado, en un momento de crisis económica como el actual debe cuantificarse qué repercusión económica puede tener medidas como las que apunto. No sólo es ya una cuestión de derechos fundamentales o de profundización democrática de la sociedad, como he indicado anteriormente, sino de prosperabilidad del modelo económico como ha recogido el informe del CESE al que he hecho referencia anteriormente.

La accesibilidad resulta una necesidad de ámbito global, y a ello apunta la labor de entidades como la Fundación CENTAC que tienen como fin principal promover, a través de la accesibilidad a las tecnologías, servicios, dispositivos, sistemas y redes de la Sociedad Interactiva, la integración social, de forma que se facilite la igualdad de acceso de todos los ciudadanos y ciudadanas en ella. Dicha promoción de la accesibilidad y el diseño para todos significa, además, ir más allá de los productos y servicios destinados a la accesibilidad de las

¹⁸¹ Informe Mundial sobre la Discapacidad. OMS/BM. 2011 (resumen). Pág. 16. Disponible en internet en http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/accessible_es.pdf.

personas con discapacidad, para abrir a todos los ciudadanos y ciudadanas, buscando con ello la mayor calidad, versatilidad y utilidad general de cualquier innovación o desarrollo. Con ello se pretende mejorar la calidad, tanto en los ámbitos individuales como colectivos a sabiendas que tal calidad social se acrecienta en la medida que, a través del diseño para todos, se mejora la funcionalidad, innovación y utilidad de los bienes y servicios. Lo cual es tanto como decir que permitirá, además, aprovechar la calidad social en mejoras en la competitividad y diferenciación empresarial, al producir y comercializar bienes y servicios de mayor valor añadido¹⁸². Como corolario de ello, las acciones de ámbito estatal pueden resultar complementadas mediante una apuesta decidida por la aprobación de estándares de accesibilidad en el seno de entidades internacionales como la Organización Internacional para la Estandarización (ISO).

Como colofón de todo ello, en el TRDPCDYS no sólo no se innova en ninguno de los sentidos expuestos, sino que se cometen los mismos defectos. De acuerdo con el artículo 7.3 del Texto Refundido, el nivel de protección debe resultar especialmente intenso respecto de los ámbitos siguientes: *“igualdad entre mujeres y hombres, salud, empleo, protección social, educación, tutela judicial efectiva, movilidad, comunicación, información y acceso a la cultura, al deporte, al ocio así como de participación en los asuntos públicos”*. Sobre la base de esta declaración en el texto se establecen condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación, para cada ámbito o área, con medidas concretas para prevenir o suprimir discriminaciones, y para compensar desventajas o dificultades, incluyéndose disposiciones sobre, al menos, los siguientes aspectos: a) exigencias de accesibilidad de los edificios y entornos, de los instrumentos, equipos y tecnologías, y de los bienes y productos utilizados en el sector o área; b) condiciones más favorables en el acceso, participación y utilización de los recursos de cada ámbito o área y condiciones de no discriminación en normas, criterios y prácticas; c) apoyos complementarios, tanto de carácter material como personal y, en especial, ayudas y servicios auxiliares para la comunicación, como sistemas

¹⁸² Valoraciones extraídas de los Estatutos de la Fundación Centac, clasificada en virtud de Orden ESD/1162/2009, de 3 de abril, por la que se clasifica la Fundación Centac y se procede a su inscripción en el Registro de Fundaciones Asistenciales (BOE nº 115, de 12 de mayo de 2009).

aumentativos y alternativos, braille, dispositivos multimedia de fácil acceso, sistemas de apoyos a la comunicación oral y lengua de signos, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación; d) adopción de normas internas en las empresas o centros que promuevan y estimulen la eliminación de desventajas o situaciones generales de discriminación a las personas con discapacidad, incluidos los ajustes razonables; e) calendario para la implantación de las exigencias de accesibilidad y para el establecimiento de las condiciones más favorables y de no discriminación; f) recursos humanos y materiales para la promoción de la accesibilidad y la no discriminación en el ámbito de que se trate (artº 23.2). Para estos requisitos de accesibilidad dispone un calendario de exigibilidad en su disposición adicional tercera, con el siguiente contenido: 1) sociedad de la información y de cualquier medio de comunicación social, se mantiene la fecha de 4 de diciembre de 2009 para los productos y servicios existentes, salvo que sean susceptibles de ajustes razonables, en cuyo caso se fija el plazo del 4 de diciembre de 2013; b) acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones, se mantiene la fecha de 4 de diciembre de 2010 para los espacios y edificaciones existentes, salvo que sean susceptibles de ajustes razonables en cuyo caso se fija el de 4 de diciembre de 2017; c) para el acceso y utilización de los medios de transporte, se mantiene el de 4 de diciembre de 2010 para las infraestructuras y material de transporte existentes, salvo aquéllas que sean susceptibles de ajustes razonables, en cuyo caso, se fija el 4 de diciembre de 2017; d) oficinas públicas, dispositivos y servicios de atención al ciudadano y aquéllos de participación en los asuntos públicos, incluidos los relativos a la Administración de Justicia y a la participación en la vida política y los procesos electorales, se mantiene el de 4 de diciembre de 2008, salvo para los entornos, productos y servicios existentes el 4 de diciembre de 2008, en cuyo caso, toda disposición, criterio o práctica discriminatoria será corregida con un plazo límite del 4 de diciembre de 2017. Para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público por las personas con discapacidad, tratándose de bienes y servicios nuevos que sean de titularidad pública, quedan pendientes de la entrada en vigor del Real Decreto que regule las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación; en el caso de bienes y servicios nuevos que sean de titularidad privada que concierten o

suministren las administraciones públicas, queda pendiente igualmente de su desarrollo reglamentario; para los bienes y servicios nuevos que sean de titularidad privada y que no concierten o suministren las administraciones públicas, se fija el 4 de diciembre de 2015. Para aquellos bienes y servicios susceptibles de ajustes razonables, se fija el 4 de diciembre de 2015 para los existentes el 4 de diciembre de 2010, cuando sean bienes y servicios de titularidad pública; para los existentes el 4 de diciembre de 2012, y sean bienes y servicios de titularidad privada que concierten o suministren las administraciones públicas, se fija el plazo de 4 de diciembre de 2015; para los bienes y servicios existentes el 4 de diciembre de 2015, y se trate de bienes y servicios de titularidad privada que no concierten o suministren las administraciones públicas, se fija el plazo de 4 de diciembre de 2017. Uno de los problemas principales de la Ley es que fija un plazo de dos años para que el Gobierno apruebe unas condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación, según lo previsto en el artículo 29, para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público por las personas con discapacidad, por lo que durante ese tiempo, y con posterioridad si el plazo se incumple, este precepto queda exento de cumplimiento. A ello debe unirse que las disposiciones reglamentarias dictadas en desarrollo de la LISMI y de la LIONDAU quedarían, en principio, derogadas como consecuencia de la derogación sufrida por la propia norma material a la que desarrollaban. Si, como apuntaba anteriormente, el desarrollo reglamentario de la LIONDAU no se ha producido y, en el TRDPCDYS, se vuelve a disponer una obligación de este tipo, espero firmemente que no tenga el mismo resultado. De lo contrario, pensaría que el Gobierno de turno está concediendo una medida de gracia a la *“industria”*. Se daría por esta vía un nuevo caso de incumplimiento flagrante de una norma, en la que hay un escaso interés en cumplir.

7.2. Asistencia médica y salud

El derecho a un nivel adecuado de salud viene garantizado por su incorporación a instrumentos internacionales tales como la Declaración

Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 25)¹⁸³, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (art. 12), la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de 1946. En esta última norma, el derecho a la salud se define como un estado completo de bienestar físico, psíquico y social y no meramente una ausencia de enfermedad¹⁸⁴. Por lo tanto, no puedo sino estar de acuerdo con el profesor LEMA, para quien el derecho a la salud resulta un derecho complejo, que expresaría elementos diferentes y conectados: el derecho a no ser dañados en la salud por terceros, públicos o privados; el derecho a que el Estado promueva una serie de medidas y políticas de protección y promoción de la salubridad pública, medio ambiente y seguridad que creen las condiciones para que la salud de las personas no se vea amenazada; el derecho a la asistencia sanitaria¹⁸⁵. Se trata de un derecho al que se le otorga no sólo rango de derecho fundamental, sino de contenido netamente prestacional, pues exige la adopción de una serie de acciones por parte de los poderes públicos.

El ejercicio de este derecho se protege desde una triple vertiente : 1) negativa, a cuyo tenor un individuo tiene la potestad de exigir a los Estados que se abstengan de realizar cualquier acto que ponga en peligro su salud; 2) positiva, que se plasma en la obligación de los Estados de adoptar las medidas pertinentes para la prevención de las enfermedades y la mejora de los ambientes donde desarrolla su actividad el ser humano; 3) igualitaria, como un derecho del individuo que carece de recursos suficientes a obtener la asistencia sanitaria en condiciones de igualdad¹⁸⁶. En función de en cuál de estos ámbitos nos encontremos, serán distintas las acciones positivas de los poderes públicos que permitan su exacción. Resulta, asimismo, un derecho amplio y dinámico, que permite su actualización a medida que se avanza en el estado de la ciencia y, por otro lado, se reinterpretan los conceptos de vida, integridad personal y dignidad humana¹⁸⁷.

¹⁸³ En este artículo, la Declaración incluye en el seno del derecho indicado aspectos tales como un nivel de vida adecuado a la salud del titular del derecho y su familia, incluyendo comida, vestido, vivienda, asistencia médica y los servicios sociales necesarios, en el supuesto, entre otros, de la discapacidad.

¹⁸⁴ Preámbulo a la Constitución de la Organización Mundial de la Salud. 1946.

¹⁸⁵ LEMA AÑÓN, C. *“Salud, Justicia, Derechos. El derecho a la salud como derecho social”*. Ed. Dykinson. 2009. Pág. 67.

¹⁸⁶ LEÓN ALONSO, M. *“discriminación por razones de salud”* en VV.AA. *“Estudios Interdisciplinarios sobre igualdad”*. IDP-IUSTEL. 2ª Ed. 2011. Págs 258-259.

¹⁸⁷ Idem. Pág. 257.

En el ámbito del ordenamiento jurídico interno, en el artículo 43 del texto constitucional, se recoge el derecho de los españoles a la protección de la salud. Para ello, conforme reza el apartado 2 del mismo artículo, se atribuye a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, declarando: *“La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”*. Se trata, por lo tanto, del esquema típico de un derecho de configuración legal de los contenidos en el Capítulo III del Título I. El desarrollo legislativo de este precepto constitucional se articula a través del artículo de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE 29 abril 1986, núm. 102). Independientemente de la existencia de estos fundamentos jurídico-normativos, existe un fundamento ético esencial en el disfrute del derecho a la salud por los ciudadanos de una comunidad: una sociedad justa no puede prescindir del aporte que ninguno de sus miembros pueda llegar a hacer al bienestar conjunto. Se deben llevar a cabo la puesta en marcha de las políticas públicas adecuadas para que este objetivo se cumpla. Es éste un elemento común a los restantes derechos sociales.

Precisado el alcance del derecho, voy a formular una precisión sobre otro de los aspectos materiales del mismo: el concepto. No existe una coincidencia absoluta entre derecho a la salud y asistencia sanitaria; como manifiesta el profesor LEMA el derecho a la salud exige el acceso universal e igualitario a la asistencia sanitaria, pero, al mismo tiempo, el derecho a la salud no es equivalente al acceso universal e igualitario a la asistencia sanitaria¹⁸⁸. Esta diferencia resulta básica en relación con el grupo de personas con discapacidad, dado que en el derecho a la salud se deberían incluir prestaciones como las rehabilitadoras o las ayudas para la autonomía personal, como las sillas de ruedas; de tal como que la falta de estas ayudas técnicas empeoran el estado de salud del individuo. Este tipo de prestaciones que hubiesen debido quedar en el entorno de las prestaciones de la Seguridad Social, como he destacado anteriormente, en la práctica no ha sido llevado a cabo. Este aspecto resulta crucial para familias en las que alguno, incluso varios miembros, pudieran tener discapacidad física o intelectual; sin embargo,

¹⁸⁸ LEMA AÑÓN, C. *“Salud, Justicia, Derechos. El derecho a la salud como derecho social”*. Ob. Cit. Pág. 270.

la falta de esfuerzo de los poderes públicos para cubrir los gastos derivados de estas prestaciones, se traslada muy habitualmente a las familias afectadas, imponiendo, en algunos casos, el dilema de, o bien cubrir los elevados costes con sus patrimonios, o dejar que la persona con discapacidad sufra un permanente empeoramiento en su estado. Es éste uno de los ámbitos en los que un mayor abandono sufren de los poderes públicos las personas afectadas, pese a, como indico, la esencialidad del bien jurídico a proteger.

Desde el punto de vista de su categorización, el derecho a la salud no presenta discusión alguna sobre su reconocimiento como un derecho fundamental; al respecto, para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, la salud es un derecho fundamental indispensable para el ejercicio de otros derechos humanos, gozando cada ser humano del derecho al disfrute del más alto nivel de salud posible, con el fin de vivir una vida digna¹⁸⁹. En el caso de las personas con discapacidad, el derecho a la salud y su articulación a través de la asistencia sanitaria, se convierte asimismo en un instrumento de igualdad. Siguiendo con el razonamiento establecido en el párrafo anterior, desde el prisma indicado, se evita el determinismo que el modelo sanitario de atención de la discapacidad ha fomentado; ni la sociedad ni la propia persona afectada puede resultar conformista con su estado, sino que se debe extraer el máximo de la capacidad latente del individuo, no sólo por dignidad, sino también por el propio beneficio e interés general que a la sociedad genera. En la medida en que el talento se distribuye de forma desigual entre las personas y en la medida en que puede ser explotado para obtener ventajas en el juego social, constituye una discusión clásica en torno a los problemas de la igualdad¹⁹⁰; resultaría injusto que padeciesen los perjuicios de una circunstancia de la que no son moralmente responsables y que la sociedad se desentendiera de ello¹⁹¹. La discapacidad en sí no resulta una injusticia, sino que resulta injusta la falta de atención de la discapacidad.

¹⁸⁹ “*Health is a fundamental human right indispensable for the exercise of other human rights. Every human being is entitled to the enjoyment of the highest attainable standard of health conducive to living a life in dignity*”. ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. “*El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*”. E/C. 12200/4. Observación General nº 14. 2000. Pág. 1.

¹⁹⁰ LEMA AÑÓN, C. “*Salud, Justicia, Derechos. El derecho a la salud como derecho social*”. Ob. Cit. Pág. 242.

¹⁹¹ Idem. Pág. 244.

Como analizo en un capítulo posterior, el grupo de personas con discapacidad sufre unas aportaciones más elevadas que las personas sin discapacidad para cubrir los gastos directos que la propia discapacidad les genera, lo que conlleva la perpetuación de una situación discriminatoria, en la medida en que les impide llevar a cabo iguales aportes a otras actividades relacionadas con la educación, cultura, etc. Por ello, como apunta NAVARRO, la atención sanitaria tiene un efecto redistribuidor y equilibrador más fuerte que las transferencias sociales y la educación¹⁹². La asistencia sanitaria para las personas con discapacidad constituye un instrumento esencial en su lucha por la igualdad y, al mismo tiempo, afecta a la esfera central de la dignidad humana. Así lo reconoce la Declaración Universal de los Derechos Humanos que, en su artículo 25, proclama el derecho a la salud y al bienestar; y su corolario en el PIDESC (art. 12), como disfrute del más alto nivel de salud física y mental, adoptando los Estados Partes las medidas, para: “c) *La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad*”. Esta acción positiva se encuentra justificada, ya que, como recoge el documento de la OMS de fecha 20 de septiembre de 2013, por el que la Organización celebra la firma del acuerdo en el marco de la Asamblea General de la ONU para que las personas con discapacidad tengan un mayor acceso a los servicios de sanidad: “*Las personas con discapacidad tienen el triple de posibilidades de que se les deniegue atención médica y el cuádruple de que no reciban un trato correcto*”¹⁹³. Esta afirmación resulta corroborada por los hechos, dado que, como recoge el Informe del CERMI “*Derechos Humanos y Discapacidad*”. Informe España 2013: “*El movimiento asociativo de mujeres con discapacidad ha manifestado reiteradamente la falta de adecuación de los servicios públicos de atención ginecológica a las características de las mujeres con discapacidad, lo que llega a provocar incluso su exclusión en la prestación de estos servicios,*

¹⁹² NAVARRO, V. “*El derecho a la protección de la salud*”. Derechos y libertades. Revista del IBC, nº 6, 1998. Editorial: Universidad Carlos III de Madrid. Instituto Bartolomé de las Casas: Boletín Oficial del Estado. pág. 139.

¹⁹³ Disponible en internet en sitio:

http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=27490#.U3Sa_4F_uSo. Consulta 15.05.2014.

dejando sin atención a determinadas pacientes por razón de su discapacidad”¹⁹⁴. Es éste un ejemplo de la situación que denuncio.

El apoyo que debe recibir este grupo de personas debe resultar brindado en todas las fases de la esfera vital de los individuos, pero aún en mayor medida en la fase de vida temprana. Como mantiene el CERMI, la Atención Temprana tiene relevancia absoluta desde la perspectiva de la trayectoria vital de la persona y constituye el primer conjunto de servicios en los que se manifiesta la política social del país respecto a un ciudadano concreto, y, recogiendo los informes de la Organización Mundial de Salud, el retraso madurativo, las patologías y las limitaciones en la actividad de los niños y las niñas pueden convertirse en discapacidad si el entorno no proporciona los apoyos suficientes¹⁹⁵.

Para las personas con discapacidad existe una previsión específica en el artículo 49 del texto constitucional que exige de los poderes públicos una política de previsión, tratamiento, y rehabilitación de las personas con discapacidad (física, sensorial y psíquica), que pasa inevitablemente por medidas específicas de asistencia sanitaria y de la salud. La Norma Uniforme 2 de las Naciones Unidas, cuando aborda la atención médica de las personas con discapacidad, declara en su apartado 6: *“Los Estados deben velar por que las personas con discapacidad reciban regularmente el tratamiento y los medicamentos que necesiten para mantener o aumentar su capacidad funcional”*¹⁹⁶. Prescripciones de carácter sectorial figuran asimismo en la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, con una previsión específica en el Preámbulo (apartado V, en el que se reconoce la importancia de la ... *“salud, para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”*); en el artículo 25 (derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad, con acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud). Su

¹⁹⁴ CERMI. *“Derechos Humanos y Discapacidad”*. Informe España 2013. Ob. Cit. Recurso online, disponible en www.cermi.es/es-S/Novidades/.../INFORME%20DDHH%202013.pdf. Pág. 4.

¹⁹⁵ *“Derechos Humanos y Discapacidad”*. Informe España 2012. Colección Convención ONU. Nº 9. Ed. CERMI-Ediciones Cinca. 2013. Pág. 21.

¹⁹⁶ Versión online, disponible en <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=498>. Pdf. Pág. 13.

enunciación no deja lugar a dudas, ya que exige de los Estados la adopción de las medidas pertinentes que aseguren el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud especializados que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud.

De la lectura del artículo de la Convención indicado se deduce que el precepto no contiene una mera declaración programática, sino obligaciones específicas, que vinculan el derecho a la salud con el disfrute de los derechos y libertades fundamentales. Este apartado no es una mera cuestión relativa a la calidad de determinados servicios, dado que, como pone de manifiesto el Informe Mundial sobre la Discapacidad, hay pruebas crecientes de que las personas con discapacidad tienen peores niveles de salud que la población general, ya que, dependiendo del grupo y el contexto, las personas con discapacidad pueden experimentar mayor vulnerabilidad a enfermedades secundarias prevenibles, comorbilidades y trastornos relacionados con la edad, incluso tasas más elevadas de comportamientos de riesgo, como la inactividad física, y un mayor riesgo de estar expuestas a violencia¹⁹⁷.

La lectura de las conclusiones de este Informe permite concluir que una atención sanitaria adecuada de las personas de este grupo social incide directamente en las condiciones de disfrute de una vida digna e independiente, en el sentido que he analizado anteriormente. Determinante a este respecto, el Informe concluye que las personas con discapacidad pueden tener costos adicionales de asistencia personal, atención médica o dispositivos auxiliares, y que, debido a estos gastos más elevados, es probable que las personas con discapacidad y sus familias sean más pobres que las personas sin discapacidad con unos ingresos similares; asimismo, que en los países de ingresos bajos, las personas con discapacidad, en comparación con las personas sin discapacidad, tienen una probabilidad un 50% mayor de enfrentarse a gastos sanitarios ruinosos¹⁹⁸. De aquí la necesidad de compensar estas circunstancias negativas y equilibrar el fiel de la balanza con políticas públicas igualitarias. Ya he indicado anteriormente que la falta de estos servicios generaba innumerables denuncias de discriminación. En particular, los Estados Partes deben proporcionar a las personas con

¹⁹⁷ Informe Mundial sobre la Discapacidad. Obra, cit. Pág. 11.

¹⁹⁸ Idem. Pág. 12.

discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, proporcionar los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas y las personas mayores; proporcionarán esos servicios lo más cerca posible de las comunidades de las personas con discapacidad, incluso en las zonas rurales, con el fin de garantizar el disfrute de ese derecho ante problemas de movilidad; prestación de servicios de salud de calidad por profesionales capacitados y sensibilizados en el respeto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado; prohibición de la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida; preservación de la no discriminación ante la negativa de servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad.

Por su vinculación con los principios fundamentales de libertad e igualdad el derecho a la asistencia sanitaria y a la salud de las personas con discapacidad pasa de ser un mero derecho prestacional, que se da sólo a aquellas personas que no pueden obtener estos bienes o servicios en el mercado, como los restantes derechos sociales, a un derecho subjetivo exigible tanto en la esfera pública como privada, puesto que, en caso contrario, emana de esta conducta una situación discriminatoria. La falta de cumplimiento de las obligaciones que he destacado anteriormente al analizar el texto de la Convención resultan, pues, determinantes en el análisis de este derecho. Se corre el peligro, en caso contrario, de volver a un modelo médico de atención de la discapacidad que quedaría mediatizado por un planteamiento de rentabilidad economicista; lo que podría traducirse en no proveer a una persona de la asistencia necesaria por resultar excesivamente caro. Decisiones de esta naturaleza deberían ser rechazadas por una sociedad que se denomine justa. No resulta una política social de beneficencia, sino una cuestión de derechos humanos, de justicia y de paz social.

La atención a las personas con discapacidad puede resultar muy ventajosa para el desarrollo económico de la sociedad; avances tecnológicos en la atención a la salud como los que proporcionan las tecnologías de la información aplicado al ámbito de la atención sanitaria, como la asistencia sanitaria a distancia conllevaría un importante ahorro de costes, y serviría de motor en la investigación tecnológica. Se trata de una población de usuarios de los servicios de salud nada desdeñable; esta medida sólo precisa ser convertida en el objetivo de las políticas públicas y de la iniciativa privada, animadas por deducciones fiscales a la investigación. Una clara apuesta por el mecenazgo facilitaría la llegada de capital privado para poner en marcha esas investigaciones.

Relacionado asimismo con la salud, medidas específicas en el ámbito del uso de medicamentos figuran recogidas en la Ley 29/2006, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (BOE 27 julio 2006, núm. 178), en cuyo artículo 15 se formula la declaración siguiente: *“5. A fin de garantizar el acceso a la información de las personas invidentes o con discapacidad visual, en todos los envases de los medicamentos deberán figurar impresos en alfabeto braille los datos necesarios para su correcta identificación. El titular de la autorización garantizará que, previa solicitud de las asociaciones de pacientes afectados, el prospecto esté disponible en formatos apropiados para las personas invidentes o con visión parcial”*. En igual sentido, el artículo 31, sobre garantías de información en relación con los medicamentos de uso veterinario: *“5. A fin de garantizar el acceso a la información de las personas invidentes o con discapacidad visual, reglamentariamente se desarrollarán las disposiciones necesarias para que en los envases de los medicamentos destinados a animales de compañía figuren impresos en alfabeto braille los datos necesarios para su correcta identificación, así como que el titular de la autorización garantice que, previa solicitud de las asociaciones de afectados, el prospecto esté disponible en formatos apropiados para las personas invidentes o con visión parcial”*. Con esta medida se contribuye a garantizar a las personas con ceguera o deficiencia visual grave una condición de vida independiente, al mismo tiempo que se facilita un ámbito de libertad personal básico, ya que, en caso contrario, se podría poner en riesgo la vida de estas personas. Bienvenida esta medida,

si bien se ha retrasado bastante en el tiempo, en relación con las leyes de cabecera de los derechos de las personas con discapacidad (LISMI y LIONDAU), donde estos mismos principios figuraban recogidos.

El artículo 101.2.a). 11 de la Ley, califica como falta leve la conducta de: *“11ª No incluir en los envases de los medicamentos la información en alfabeto braille para su correcta identificación por las personas invidentes y con discapacidad visual, conforme a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 15 de esta Ley”*. Infringir esta obligación conllevaría una sanción de entre 6.000 a 30.000€ (art. 102 de la Ley). A mi juicio, la falta de accesibilidad de los envases de los medicamentos resulta una grave irresponsabilidad que no puede ser calificado como una falta leve; incide de forma muy negativa en el ámbito de libertad del individuo, como he indicado anteriormente; cierto es que no puede equilibrarse ese bien jurídico con una sanción, pero, no obstante, resulta desproporcionada la levedad de la conducta con los efectos disuasorios que pretende evitar aquélla. Para determinadas personas con discapacidad sensorial, con ceguera o deficiencia visual grave, la posibilidad de lectura del contenido de la caja de medicamentos, o incluso del prospecto, resulta una cuestión de integridad física.

A las condiciones de habitabilidad de las oficinas de farmacia se refiere el artículo 84 de la misma Ley, en cuyo apartado 2.c se recoge la previsión de unas exigencias mínimas materiales, técnicas y de medios, incluida la accesibilidad para personas con discapacidad, que establezca el Gobierno con carácter básico para asegurar la prestación de una correcta asistencia sanitaria, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas. No contiene una prescripción efectiva a este respecto, en la medida en que efectúa el reenvío a la norma competente, si bien la accesibilidad se incluye como un criterio a tener en cuenta por las Administraciones correspondientes cuando acometan la tarea de la reordenación de las oficinas de farmacia.

De acuerdo con el artículo 7.3 del TRDPCDYS, el nivel de protección debe resultar especialmente intenso respecto de los ámbitos siguientes: *“..., salud,...”*. Por otro lado, el artículo 66 enuncia como medidas contra la discriminación obligaciones de carácter negativo como la prohibición de conductas discriminatorias y de acoso, y de carácter positivo, como la exigencia de accesibilidad y de eliminación de obstáculos y de realización de

ajustes razonables (artº. 66.1). Una magra regulación para un derecho de tal alcance, tal como he indicado en este apartado, teniendo en cuenta los valores en juego.

7.3. Contratación a distancia

He elegido este campo sectorial como objeto de análisis, dado que la televenta y todos los demás sistemas de contratación que no se desarrollan en un establecimiento comercial tienen una importancia relevante para el grupo de personas con discapacidad, puesto que facilitan la compra de productos, bienes y servicios sin llevar a cabo desplazamientos físicos, mejorando la movilidad de estas personas y su inclusión social. Resultaría un instrumento inmejorable para la adquisición de productos y servicios por las personas con discapacidad, quienes se encuentran muchas veces en los establecimientos abiertos al público con la incomprensión de equipos comerciales con escasa experiencia sobre cómo atender a estas personas, o su imposibilidad física de acceder a los establecimientos mismos. Lamentablemente, no se ha aprovechado el momento legislativo actual y se abre una nueva brecha en los derechos de este grupo humano, como voy a indicar a continuación.

Desde el punto de vista del concepto, si se analiza la naturaleza jurídica de los contratos a distancia, se puede entender que constituyen: “...*un modo particular de negociación, distribución o contratación, en el cual el mensaje impreso o transmitido a distancia constituye el mecanismo principal para ofrecer los productos o los servicios a una clientela indeterminada y potencial de futuros consumidores*”¹⁹⁹. La virtualidad de esta aportación destaca el carácter indeterminado de las y los consumidores y usuarios y usuarias destinatarios de la oferta, lo que nos enlaza con el entramado de relaciones propias de la contratación en masa; teniendo en cuenta que resultan, precisamente, los contratos a distancia, el campo abonado para que se plasme el ejercicio de la oferta bajo condiciones generales de contratación, con la problemática subsiguiente que esta institución conlleva de control en beneficio de los consumidores y consumidoras, así como acciones especiales que la Ley proclama. Para el profesor LASARTE, la contratación a distancia se

¹⁹⁹ LASARTE ÁLVAREZ, C. “Manual sobre protección de consumidores y usuarios”. Ed. Dykinson. 2003. Pág. 207.

constituye a lo largo de tres fases o etapas: 1) El consumidor recibe una oferta de un producto o de un servicio a través de una descripción escrita, visual u oral, con indicación del precio y del resto de las condiciones de la oferta contractual. 2) Sobre esta base el consumidor efectúa su pedido. 3) Más tarde recibirá el producto o servicio en la dirección que ha suministrado al empresario o comerciante. Lo que no enuncia en su análisis es si esta misma configuración se puede mantener cuando la contraparte es una persona con una discapacidad que le impide recibir con pleno conocimiento la oferta del servicio; o los efectos que genera en determinadas personas con discapacidad que la oferta se lleve a cabo utilizando soportes no accesibles.

Con fecha del día 22 de noviembre de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. La citada directiva procede a derogar la normativa europea vigente sobre la protección de los consumidores en los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, estableciendo un nuevo marco legal en esta materia, al tiempo que modifica la normativa europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. En los antecedentes de la norma figura que su objeto es el reexamen *“...a la luz de la experiencia adquirida, a fin de simplificar y actualizar las normas aplicables y eliminar las incoherencias y lagunas no deseadas”*.

El artículo 2 de la Directiva indicada, define el contrato a distancia como: *“todo contrato celebrado entre un comerciante y un consumidor en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del comerciante y del consumidor, y en el que se han utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento en que se celebra el contrato y en la propia celebración del mismo”*; el contrato fuera del establecimiento como: *“todo contrato entre un comerciante y un consumidor: a) celebrado con la presencia*

física simultánea del comerciante y del consumidor, en un lugar distinto del establecimiento mercantil del comerciante; b) en el que el consumidor ha realizado una oferta en las mismas circunstancias que las que se contemplan en la letra a); c) celebrado en el establecimiento mercantil del comerciante o mediante el uso de cualquier medio de comunicación a distancia inmediatamente después de que haya existido contacto personal e individual con el consumidor en un lugar que no sea el establecimiento mercantil del comerciante, con la presencia física simultánea del comerciante y el consumidor, o d) celebrado durante una excursión organizada por el comerciante con el fin de promocionar y vender productos o servicios al consumidor”. Del análisis conjunto de ambos textos, se extraen las conclusiones siguientes: 1) son contratos celebrados en el seno de un entramado organizado que tiene por objeto la prestación de servicios a distancia; 2) la relación se establece entre quien provee y un consumidor o consumidora, a través de diversas técnicas de comunicación a distancia, o mediante comunicación personal. Estas técnicas se utilizan antes y después de la celebración del contrato.

Habiendo dejado fijados ahora los términos materiales de este instrumento contractual, el legislador europeo centra su atención en las especiales características en que se desarrolla la negociación comercial de estos contratos. Por esta razón, entiende que las medidas que contiene la norma se justifican en sus antecedentes porque *“en las ventas a distancia el consumidor no puede ver los bienes antes de celebrar el contrato”*; por este motivo, se concede un instrumento tan eficaz como el derecho de desistimiento. Por el mismo motivo, el consumidor o consumidora debe estar autorizado a probar e inspeccionar los bienes que ha comprado en la medida suficiente que le permita determinar la naturaleza, las características y el buen funcionamiento de éstos. En cuanto a los contratos celebrados fuera del establecimiento, debe permitirse al consumidor o consumidora que ejerza el indicado derecho de desistimiento, ya que puede haber un elemento sorpresa o incluso de presión psicológica. El ejercicio del derecho de desistimiento debe poner fin a la obligación de las partes contratantes de ejecutar el contrato (37). Otros antecedentes de interés son: *“(38) Los sitios web de comercio deben indicar de modo claro y legible, a más tardar al inicio del procedimiento de*

compra, si se aplica alguna restricción de suministro y cuáles son las modalidades de pago que se aceptan". "(39) *Es importante asegurar que, en los contratos a distancia celebrados a través de sitios web, el consumidor está en condiciones de leer y de comprender los elementos más importantes del contrato debidamente antes de efectuar el pedido*". Como reconoce el legislador comunitario "(45) *Como la experiencia muestra que numerosos consumidores y comerciantes prefieren comunicarse a través del sitio web del comerciante, este último debe tener la posibilidad de ofrecer al consumidor la opción de cumplimentar un formulario de desistimiento en línea*". A mi juicio, resulta criticable que el legislador europeo no se haya preocupado de recoger de forma específica los derechos de accesibilidad del colectivo de personas con discapacidad. Formula, eso sí, una declaración conforme a la cual la Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos, en particular, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (66). No obstante formular todos esos considerandos, no nos dice el legislador cómo se asegura que una persona con discapacidad sensorial pueda formar su consentimiento o ejercer su derecho de desistimiento, si la página web a través de la que se va a comunicar con el proveedor no es accesible. Al no recoger una previsión específica sobre la salvaguardia de los derechos de estos consumidores se restringen notablemente sus derechos. Extraída la conclusión anterior, la declaración comentada no deja de ser una declaración formal, pero que no responde a la realidad. Sólo dice que la información facilitada a través de las técnicas de comunicación utilizadas resulte en términos claros y comprensibles y en un soporte que deberá ser "*legible*" (artº 8.1). Mediante el mismo se suministrarán los elementos esenciales del contrato, tales como las características principales de los bienes o servicios, la identidad del comerciante, el precio total de los bienes o servicios, la existencia de una garantía jurídica de conformidad para los bienes, la existencia y las condiciones de servicios posventa y las garantías comerciales, etc. Máxime teniendo en cuenta que, como he dicho anteriormente, estas relaciones contractuales se sujetan a condiciones impuestas a los consumidores y consumidoras por parte de los comerciantes.

La Directiva ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español en virtud de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que modifica el texto refundido de la

Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE 28 marzo 2014, núm. 76), en cuyo texto, se dedica a los contratos el Título III del Libro II. Los medios técnicos a utilizar en los contratos a distancia son, entre otros: el correo postal, Internet, el teléfono o el fax. En relación con esta materia, tampoco el texto refundido contiene prescripción específica sobre la accesibilidad de los medios de contratación a distancia, para los que, simplemente, declara en su artículo 95 que los operadores de las técnicas de comunicación a distancia, entendiendo por tales a las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que sean titulares de las técnicas de comunicación a distancia utilizadas por los empresarios y empresarias, están obligados a procurar, en la medida de sus posibilidades y con la diligencia debida, que éstos respeten los derechos que este título reconoce a los consumidores y usuarios y cumplan las obligaciones que en él se les imponen. En primer lugar, de la declaración indicada se extrae con nitidez que, bajo la *“medida posible”*, se puede esconder la inaplicación absoluta de medidas de accesibilidad, dado que no se pronuncia en términos de obligación; es la paradoja constante de los derechos de las personas con discapacidad: una técnica legislativa deficiente por el legislador europeo, una transposición que perpetúa los mismos defectos, se traduce en una merma de los derechos de determinados grupos en riesgo de exclusión. Entiendo que resulta una lástima que un sector que proporciona unas facilidades tan beneficiosas para garantizar el acceso de las personas con discapacidad al mercado de bienes y servicios, algunos incluso con carácter de bienes de primera necesidad, como el gas o la electricidad, se pierda la posibilidad de promulgar una legislación que potencie la participación de este grupo social. Tal como recojo en el apartado dedicado a la sociedad de la información, la situación de este sector resulta uno de los más restrictivos para el acceso de las personas con discapacidad; las redes de comunicación electrónicas no resultan accesibles.

La Ley nº 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (BOE 17 enero 1996, núm. 15), ha dedicado el Título III a las ventas especiales, enumerando bajo esta categoría en su artículo 36.1 un conjunto variado de operaciones de venta, bastante heterogéneo, entre las que se encuentran las ventas a distancia, las ventas ambulantes o no sedentarias, las

ventas automáticas y las ventas en pública subasta. La nueva redacción de su artículo 38.3 operada por el nuevo Texto Refundido, al que he hecho referencia anteriormente, reenvía en lo relativo a la regulación de las ventas a distancia a lo recogido en el Título III del Libro II del Texto Refundido de la Ley General indicada.

Unas operaciones del tipo de las que analizo, con la importancia económica que puede generar la participación plena de un grupo social de consumidores como las personas con discapacidad, resulta que se salva con una lacónica declaración contenida en la Disposición adicional novena de la Ley de Ordenación de Comercio Minorista, según la cual los establecimientos comerciales incluidos en el ámbito de esta Ley deberán observar las normas sobre condiciones de accesibilidad y no discriminación en el acceso y utilización de los mismos, con remisión a lo establecido en los desarrollos de la LIONDAU²⁰⁰ y, en su caso, la normativa autonómica de aplicación. La reforma introducida en el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios, operada en virtud de la Ley 3/2014, de 27 de marzo (BOE 28 marzo 2014, núm. 76), solamente contiene como prescripción que las oficinas y servicios de información y atención al cliente serán diseñados utilizando medios y soportes que sigan los principios de accesibilidad universal y, en su caso, medios alternativos para garantizar el acceso a los mismos a personas con discapacidad o personas de edad avanzada (art. 21.2 del Texto Refundido). Se cierra por esta vía un bucle claramente restrictivo para los derechos de las personas con discapacidad, con unas medidas incomprensiblemente insuficientes.

Un cauce crucial para las aspiraciones de emancipación de ciertos grupos como las personas con movilidad reducida, que podrían hacer uso de este tipo de operaciones, no gozan de protección específica en el cuerpo normativo que he analizado, y se somete directamente al régimen general de

²⁰⁰ Debe entenderse referido en este momento a la disposición adicional tercera del TRDPCDYS, y el calendario establecido en dicha disposición, representado por: Bienes y servicios existentes el 4 de diciembre de 2012, que sean susceptibles de ajustes razonables, cuando sean bienes y servicios de titularidad privada que concierten o suministren las administraciones públicas: 4 de diciembre de 2015. Bienes y servicios existentes el 4 de diciembre de 2015, que sean susceptibles de ajustes razonables, cuando sean bienes y servicios de titularidad privada que no concierten o suministren las administraciones públicas: 4 de diciembre de 2017.

protección; se crea, pues, un instrumento de contratación del que quedarán tradicionalmente excluidos colectivos como las personas con discapacidad sensorial y con discapacidad intelectual, quienes deberán optar entre la facilidad de este instrumento de contratación o la merma de garantías jurídicas que el mismo conlleva. Es éste, pues, un sector del que estos grupos quedan excluidos.

Sentadas las dificultades que presentan estos instrumentos contractuales para el colectivo objeto de este estudio, otro detalle adicional que resulta de interés es el del régimen de contratación en masa; contractualmente, el mismo se somete a las denominadas condiciones generales de contratación que, como define la Ley 7/1998, de 13 de abril (BOE 14 abril 1998, núm. 89), son las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos (artº 1.1). De acuerdo con su artículo 7, no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: “a) *Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5; b) las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato*”. Asimismo, en su apartado 8: “1. *Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*”. Se condena a las personas con discapacidad al ejercicio constante de las acciones de cesación, retractación y declaración que prevé la Ley (art. 12), para la defensa de sus derechos. Estas acciones se convierten en un objeto abonado para el ejercicio de acciones colectivas a las que se refiere el artículo 16 de la Ley, que evitan que sean las personas individuales afectadas quienes asumen la tarea de

impugnarlas; no obstante, las entidades representativas de los derechos de las personas con discapacidad carecen de legitimación activa, pues, de acuerdo con el artículo 16, sólo pueden ser ejercitadas por, entre otras, “.../las asociaciones de consumidores y usuarios...”, que podrán personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de ellas, si lo estiman oportuno, para la defensa de los intereses que representan. La única alternativa posible para el ejercicio de estas acciones será la formalización de convenios de colaboración entre ambos tipos de entidades. Más fácil que esta alternativa hubiese podido ser la modificación de la ley, dando entrada a un más amplio espectro de entidades que representen los intereses colectivos de aquellos grupos sociales que también defienden determinados derechos de clase específicos. Resulta un ejemplo de la recepción tan restrictiva que se ha llevado a cabo del ejercicio de las acciones colectivas. A mi juicio, no hay obstáculo alguno para permitir que las entidades representativas de los derechos de las personas con discapacidad puedan interponer acciones incluso en el ámbito de los derechos de consumo, en defensa de los derechos de sus afiliados y afiliadas, dado que este ámbito de acción también conlleva el ejercicio de acciones de defensa de intereses generales.

7.4. Contratación bancaria

En este sector, la discapacidad tiene una muy escasa consideración, en comparación con el porcentaje de clientes potenciales que representa. Éste sería un caso más de aquellos sectores regulados en el que poco se ha avanzado en la protección de los derechos de este grupo social. La discapacidad no tiene un reflejo especial en su regulación normativa, salvo en contadas situaciones, como voy a analizar a continuación.

En el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de protección de deudores hipotecarios frente al desahucio (BOE 16 noviembre 2012, núm. 276), se recoge la discapacidad como causa de suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales, por entender que es un colectivo especialmente vulnerable (art. 1.2.f), alcanzando a aquellas unidades familiares en las que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral. Esta

medida conlleva que, hasta transcurridos dos años desde la entrada en vigor del real decreto-ley, no procederá el lanzamiento en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual de estas personas (art. 1.1). La especial vulnerabilidad que declara esta Ley, no se ve reflejada en el cuerpo normativo que regula las operaciones de este sector financiero, pese a ser uno en el que resultan habituales las condiciones generales de contratación y las reglas que, sobre la base del art. 1.255 del Código Civil, prohíben, bajo sanción de nulidad, los pactos contrarios a la Ley, la moral y el orden público.

De forma adicional, se debe entender que existen discapacidades que pueden viciar el consentimiento en el momento de ser prestado, al celebrar estos contratos; pese a ello, en las normas regulatorias del sector, ninguna cautela especial se prevé. Es conocida la doctrina legal sobre el error invalidante del consentimiento, fundamentado en los arts. 1265 y 1266 del Código Civil. Como declara la STS de 12 de noviembre de 2010 (FD 2º): *"para que el error invalide el consentimiento debe recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo"*. La doctrina ha venido sosteniendo que el error consiste en una representación equivocada de la realidad que produce la realización de un acto jurídico que de otra forma no se hubiese llevado a cabo o se hubiese realizado en otras condiciones. En muchas sentencias del Tribunal Supremo, que pueden resumirse en la de 11 diciembre 2006 (FD 3º), se ha exigido que para que el error pueda invalidar el consentimiento, con el efecto de que produzca la anulación del contrato en el que concurre, es preciso, además, que el error no sea imputable al interesado, en el sentido de causado por él -o personas de su círculo jurídico-, y que sea excusable, entendiéndose que no lo es cuando pudo ser evitado por quien lo padeció, empleando una diligencia media o regular; requisito este que no consta expresamente en el Código Civil, pero que viene siendo exigido por la jurisprudencia como un elemental postulado de buena fe. En este sentido, la STS de 23 de julio de 2001 destaca (FD 2º), en relación con la diligencia media exigible, que la misma implica que cada parte deba informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella, en los casos en que tal información le resulta fácilmente accesible (con cita de las

Sentencias del TS 18 de febrero de 1994 y 6 de noviembre de 1996). Como se puede imaginar, resulta fácil que concurren alguna o todas estas circunstancias en la contratación de productos financieros por personas con discapacidad. No obstante, la falta de directrices del órgano regulador o de códigos de buenas prácticas bancarias en beneficio de este grupo social, avoca a estas personas a iniciar largos procesos judiciales en defensa de sus derechos.

Paralelamente, la utilización de instrumentos documentales accesibles no parece que preocupe al sector, teniendo en cuenta la nula recepción de normas de este tipo. A mi juicio, también aquí reside una fórmula de discriminación directa. La Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (BOE 30 julio 1988, núm. 182), en su artículo 5.v recoge como infracciones graves de las entidades, el incumplimiento de las políticas específicas que, con carácter particular, hayan sido exigidas por el Banco de España a una entidad determinada en materia de *“...tratamiento de activos o reducción del riesgo inherente a sus actividades, productos, cuando las referidas políticas no se hayan adoptado en el plazo y condiciones fijados al efecto por el Banco de España”*. El problema que destaco es que el órgano regulador no ha dictado instrucciones específicas respecto del trato que debe ser brindado a las personas con discapacidad. La Circular 5/2012, de 27 de junio, de Entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos (BOE 6 julio 2012, núm. 161), no dispone ninguna medida especial, por ejemplo, cuando se trata de clientes con ceguera o deficiencia visual grave o con otras discapacidades sensoriales. En igual situación se encuentra el texto de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Crédito al Consumo (BOE 25 junio 2011, núm. 151). Ante la falta de una regulación específica, se debe reorientar el estudio hacia la ley general, representada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (BOE 30 noviembre 2007, núm. 287), texto que ha sido modificado en virtud de la Ley 3/2014, de 27 de marzo (BOE 28 marzo 2014, núm. 76), como he indicado anteriormente. En su artículo 8, los apartados b), c) y d) enuncian los derechos siguientes: *“b) la protección de sus legítimos intereses económicos y*

sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos; c) la indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos; d) la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute”. En concreto, en relación con estos derechos, existe un mandato imperativo para que las entidades bancarias dispongan de medios suficientes para que los derechos de la personas con discapacidad no vean lesionados sus legítimos derechos como personas consumidoras. Luego la realidad es otra, como apunto en este apartado.

Un capítulo esencial de la comercialización de los productos bancarios es la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (BOE 15 noviembre 1988, núm. 274). En su artículo 2 define la publicidad como *“Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”*; siendo sus destinatarios las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que éste alcance, sin diferenciación. Siendo la publicidad una pieza integral de esta actividad bancaria, la ley general no incluye ninguna prescripción sobre accesibilidad, en beneficio de las personas con discapacidad sensorial u otro tipo de discapacidad; pese a que la propia discapacidad pueda inducir a confusión en la formación de la voluntad, por la falta de las condiciones mínimas necesarias. Por esta vía, se genera una grave discriminación, con importantes efectos sobre el patrimonio de las personas afectadas.

Restantes leyes y normas de cabecera del sector como la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (BOE 23 noviembre 2002, núm. 281), la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (BOE 29 julio 1988, núm. 181), la Orden Ministerial ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras (BOE 24 marzo 2004, núm. 72), tampoco contienen ninguna prescripción específica sobre personas con discapacidad. Una Ley tan determinante en el ámbito sectorial que estudio como la Ley de servicios de pago, aprobada en virtud de la Ley 16/2009, de 13

de noviembre (BOE nº 275, de 14 de noviembre de 2009), no contiene tampoco prescripción alguna en relación con las personas con discapacidad o la accesibilidad de los soportes que utilicen las entidades bancarias. Pese a que, conforme dispone el artículo 1 de la Ley, es su objeto la regulación de los servicios de pago que se presten en territorio español, incluyendo la forma de prestación de dichos servicios, el régimen jurídico de las entidades de pago, el régimen de transparencia e información aplicable a los servicios de pago, así como los derechos y obligaciones respectivos tanto de los usuarios de los servicios como de los proveedores de los mismos. La Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (BOE 12 julio 2007, núm. 166), fija obligaciones de información precontractual al proveedor del servicio. La Ley tiene como objeto completar la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, conforme reza el párrafo primero del apartado I del Preámbulo del texto legal. A continuación, en el apartado 2, reproduce los requisitos de forma de la comunicación ya vistos en el contenido de la Directiva 97/7, en cuanto a claridad y comprensión y la técnica utilizada (norma hoy derogada, como he expuesto en otro apartado anterior de este mismo capítulo). Es digna de destacar esta Ley, ya que conlleva la transposición de una norma de fecha más reciente que la Directiva derogada, y contiene ya una mención de los especiales requisitos de accesibilidad universal de las personas con discapacidad, así como una cita específica de la buena fe transaccional. Recoge, asimismo, especiales prescripciones en cuanto a la utilización para la comercialización del servicio de un soporte telefónico. Deja a salvo, igualmente, la especial regulación que figura en la legislación especial; ésta, en principio, sería el texto de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, cuyos problemas analizo en el apartado correspondiente.

La necesidad de dar un amparo específico a los derechos de las personas con discapacidad en relación con los servicios financieros se recogía en un dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 23 de octubre de 2008, sobre la propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su

religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual²⁰¹; en el mismo CESE recomiendan que los mismos requisitos de transparencia, análisis y supervisión se apliquen a la edad y discapacidad, tal como ya se hace en materia de igualdad de trato para hombres y mujeres (apº 1.3). Destaca el informe la necesidad de someter a una autorización específica a los proveedores de servicios financieros las “*diferencias de trato ajustadas*”, en el caso de que “*la consideración de la edad o la discapacidad constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos*” (apº 3.1.3.), declarando al respecto: “...su preocupación por la posibilidad de que esta amplia excepción suponga la perpetuación de la situación de desventaja –bien documentada– en que se encuentran los jóvenes, las personas mayores y las personas con discapacidad en su relación con la banca y con una serie de productos de seguro” (apº 3.1.3.1.).

Que esta cuestión de la accesibilidad que expongo no es baladí lo demuestra la noticia de que una entidad bancaria debe devolver 15.600 euros a una persona jubilada, con ceguera y sordera, por haberle vendido preferentes sin haber cumplido con el deber de información inequívoca para un producto complejo²⁰². Hago eco de otra noticia en que la misma entidad ha sido condenada por vender varios productos de riesgo a una anciana ciega y sin estudios, apreciando el Juzgado vicio de consentimiento porque las transacciones se realizaron sin prestar a la clienta la información que la normativa exige para validar este tipo de actos, no solo una vez, sino varias²⁰³. Independientemente de que estos precedentes judiciales han sido dictados en el marco del control jurisdiccional que se ha llevado a cabo sobre las prácticas de comercialización de productos tóxicos por el sector bancario en los últimos años, estas entidades deberían tomar debida nota, dado que las conclusiones que se extraigan de estas sentencias, pueden ser extrapoladas a la comercialización a personas con determinadas discapacidades de los restantes productos ordinarios. Estas entidades deben implantar, a mi juicio, códigos de

²⁰¹ COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO. Dictamen sobre “*Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*”. COM (2008) 426 final (Dictamen adicional). Ob. Cit. Pág.

²⁰² Publicado en Diario “*La Razón*”. Valencia. 20.11.2014. Pág. 35.

²⁰³ Publicado en Diario “*La Provincia*”. 09.01.2015. Pág. 44.

conducta donde se dé un trato igualitario a las personas indicadas, con el fin de no incurrir en errores y, por lo tanto, vicios del consentimiento, que traerían consigo la anulación de la condición general contractual aplicada. En este sentido, resultaría de una gran eficiencia práctica, abrir el abanico de legitimaciones activas a las entidades representativas de los derechos de las personas con discapacidad, con el fin de que pudieran llevar a cabo acciones de nulidad de las indicadas condiciones de manera preventiva; solicitando la nulidad de aquellas condiciones que no prevean “ajustes razonables” en beneficio de estas personas.

No obstante, no todo es un campo desierto en este aspecto. Ante la falta de interés del legislador por regular los aspectos específicos que genera la especial vulnerabilidad de las personas con discapacidad en relación con las operaciones bancarias, se dan ciertas prácticas que puedo calificar como “buenas” desde el punto de vista de los derechos de este grupo humano. Son, no obstante, ejemplos individualizados, pues, como he indicado, no existe un impulso institucional, pese a tratarse de un sector regulado. Ejemplo de ellas son las entidades siguientes que se han destacado por políticas en beneficio de las personas con discapacidad, con cita de las medidas que publicitan institucionalmente en sus páginas web respectivas.

En este sentido, por ejemplo, la entidad financiera Caja España, tiene publicadas²⁰⁴ las memorias sobre Responsabilidad Social Corporativa sólo hasta el año 2009; en la misma, declara la entidad: “*Seguir potenciando los ámbitos de actuación identificados como prioritarios: discapacidad, medio ambiente, cooperación al desarrollo, educación e investigación, inmigrantes y asistencia social*”. En la indicada memoria recoge que en 2008 un grupo de catorce Cajas de Ahorro, entre ellas Caja España, solicitó a un experto independiente un estudio, Libro Verde de la RSC en el sector financiero, que les permitiese identificar los asuntos relevantes específicos del sector financiero y de la propia Caja, y que les ayudase a orientar su agenda futura de sostenibilidad, habiéndose relevado como aspectos claves del sector, entre otros, el siguiente: “*la inclusión financiera y prácticas sostenibles*”, entre las que se encuentra la atención a las personas con discapacidad. En materia de

²⁰⁴Disponible en internet al sitio: http://www.cajaespana-duero.es/servicios/informacion-corporativa/responsabilidad_social2.asp. Consulta a fecha 9.04.2014.

discapacidad declara en la memoria de RSC del año 2009 (pág. 75) disponer de un protocolo para el diseño de puestos de trabajo para empleados y empleadas con discapacidad, el cual contempla las dificultades en la accesibilidad al entorno y la adaptación al puesto, estableciéndose pautas generales de actuación para facilitar, en materia de seguridad y salud, la integración laboral del colectivo; con objeto de facilitar la realización de gestiones a “*discapacitados acústicos*”, se ha contratado a una persona con minusvalía auditiva; durante 2009 han realizado prácticas en Caja España 2 personas empleadas con discapacidad; el número total de personas con discapacidad contratadas laboralmente por la entidad asciende en 2009 a 17, sobre un número total de 3.230 (0,0052%). Un vez que se analizan las cifras, parece como si las entidades bancarias fueran completamente ajenas a la realidad social en la que comercializan sus productos y servicios; es decir, una sociedad inclusiva.

Deutsche Bank ha comenzado su actividad en beneficio de las personas con discapacidad instalando en sus oficinas bucles magnéticos para conectar los implantes cocleares y facilitar así la comunicación entre el cliente o clienta con sordera y la persona empleada. De esta forma, ninguno de las o los interlocutores tienen que elevar la voz para hacerse entender y la conversación se puede desarrollar de forma tranquila y confidencial; disponen de este servicio las sucursales de Madrid, Barcelona, Sevilla y Valencia y se está valorando la posibilidad de extender este servicio a otros emplazamientos en los que también habría demanda²⁰⁵. En su información institucional sobre responsabilidad social, en el capítulo de “*Inversión Social*”, manifiesta que el Grupo Deutsche Bank en España ha localizado tres áreas de acción, entre las que se encuentra la integración de las personas con discapacidad²⁰⁶; no obstante, no especifica mediante qué acciones se pretende contribuir al indicado objetivo.

BANKINTER. En su información institucional figura un documento firmado por el Consejero Delegado de la entidad en 2010, denominado “*Política de accesibilidad universal de Bankinter*”, que desarrolla en cinco puntos, que consisten en cumplir los criterios DALCO (deambulación, aprehensión,

²⁰⁵ CERMI.es. Marzo 2007. Consulta a fecha 9.04.2014.

²⁰⁶ https://www.db.com/spain/es/content/inversion_social.html. Consulta 09.04.2014

localización y comunicación en el entorno construido), implantar los procesos necesarios para la mejora continua del Sistema de Gestión de la Accesibilidad, promover un comportamiento responsable desde la accesibilidad universal, concienciar y formar a los empleados y empleadas en contacto con clientes y visitantes en materias relacionadas con la atención de personas con discapacidad y accesibilidad al entorno, apoyar el desarrollo de proyectos de conservación y mejora del entorno construido, los productos y servicios desde la accesibilidad universal. Asimismo, publicita el lanzamiento desde el año 2010 de un servicio de asesoramiento interactivo para personas sordas denominado '*vídeo-llamada en lengua de signos*', siendo atendido por personas con sordera expertas en Lengua de Signos Española y Americana, con experiencia y formación financiera; lo que permite ofrecer un asesoramiento bancario y de inversión completo y con los máximos niveles de calidad en la atención del o la cliente. Esta medida se encuentra disponible tanto desde los rincones informáticos de la Red de Oficinas de Bankinter, como desde cualquier otro lugar donde se disponga de un ordenador con conexión a Internet (ADSL) dotado con webcam, y con el único requisito de la instalación de un software que se descarga de forma inmediata en la primera conexión. Como complemento y apoyo a esta aplicación, Bankinter ha puesto en marcha internamente, entre empleados de Banca Telefónica, una acción formativa online mediante la que se impartirán los fundamentos básicos de Lengua de Signos Española en colaboración con la Fundación CNSE; asimismo, declara que el 99,5% de las sucursales del banco son centros plenamente accesibles y están dotados con el distintivo universal en la puerta de entrada, disponiendo en su página web de un '*localizador de oficinas accesibles*', que permite realizar búsquedas selectivas por provincias o por tipo de centros de aquellas oficinas que son plenamente accesibles para personas con discapacidad. Finalmente, ha sido el primer banco español en obtener el certificado AENOR de Accesibilidad Universal según la norma española UNE 170001-2, que acredita que los entornos de la sede central de la entidad y los servicios de la oficina bancaria principal son accesibles para todas las personas, incluidas aquellas con alguna discapacidad; otros servicios en beneficio de la accesibilidad son la oferta de un servicio de intérprete en Lengua de Signos, facilitando el apoyo necesario a las personas con dificultades auditivas en su

operativa bancaria, así como servicios específicos tales como el extracto mensual de audio, el extracto mensual en “*letra grande*” y la tarjeta de coordenadas en braille²⁰⁷. A mi juicio, este ejemplo sí resulta destacado, pero “*raro*”, por escaso, en el universo bancario, pese a ser una actividad regulada mediante códigos rígidos impuestos por las entidades regulatorias.

Como se puede colegir de lo expuesto, salvo este último ejemplo, los restantes no dejan de ser meros guiños, sin una eficacia verdadera en el acogimiento de los intereses inclusivos del grupo de personas con discapacidad; por otro lado, tan magros resultados, deja la responsabilidad social de las entidades bancarias en una mera declaración de carácter formal. Me ha resultado muy difícil destacar otros ejemplos, y los que he encontrado, como reflejo en los párrafos anteriores son, salvo el de la entidad BANKINTER, ridículos. La accesibilidad o resulta universal, o no puede ser calificada como tal. Las entidades bancarias realizan una actividad comercial sujeta a un régimen especial de licencias; poco o nada se ha avanzado, pese a contar mediante este elemento con una de las herramientas para la integración más útil: trasladar a los mercados regulados, las normas imperativas contenidas en los textos que protegen los derechos de las personas con discapacidad. Nada se ha avanzado en este aspecto, lo que es un reflejo claro de la falta de voluntad política en proveer una defensa real de los derechos de estas personas. No sólo no se hace nada, sino que, al contrario, se implantan medidas regresivas en el sector: la generalización de las pantallas táctiles en los cajeros automáticos de numerosas entidades es un claro ejemplo.

Por otro lado, al realizar el estudio caí en la cuenta de una cuestión, a mi juicio, trascendental: la entidad que he elegido como ejemplo de buenas prácticas, también había quedado excluida del maremoto generado por las reclamaciones sobre productos tóxicos bancarios de los últimos años. ¿Será que una buena política de Responsabilidad Social Corporativa transversal genera un componente ético colectivo? Dejo aquí mi reflexión, no obstante, entiendo que sí; implantar de forma interna el valor de una sociedad inclusiva debe constituir parte esencial de la política empresarial de unos buenos

²⁰⁷Consulta 09.04.2014.

https://webcorporativa.bankinter.com/www2/corporativa/es/responsabilidad_corporativa/accion_social/accesibilidad.

gestores y gestoras (¿puede tener que ver que la Consejera Delegada de la entidad sea una mujer?); también por esta vía se genera imagen de marca, y mejor retribución al capital de los accionistas.

7.5. Educación

A través de la educación se puede instaurar uno de los factores de cambio más eficaces, en relación con la consideración actitudinal hacia las personas con discapacidad para las generaciones futuras. Ese cambio se debe llevar a cabo sobre una base de un sistema educativo inclusivo, en el que los alumnos y alumnas con y sin discapacidad puedan convivir en un mismo entorno. Esta convivencia resultará un factor potenciador de la normalización social.

El artículo 27 de la Constitución Española recoge en la sección primera del Capítulo segundo del Título I este derecho, como un derecho fundamental, que configura alrededor de los siguientes elementos: 1) un derecho universal a la educación; 2) la educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales; 3) la obligación de los poderes públicos de garantizar el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral, de acuerdo con sus propias convicciones; 4) obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza básica. El derecho a la educación resulta, como analizaré en el Capítulo II de este trabajo un claro ejemplo de DESC sobre cuya catalogación como derecho fundamental no existen dudas; ello no empece que uno de los aspectos más esenciales del ejercicio de este derecho se articule sobre la base de un sistema de acciones positivas, tal como recoge el artículo 27.8 de CE, con el fin de preservar el cumplimiento de los principios constitucionales, entre los que ocupa un lugar destacado el principio de la igualdad. Como recoge el Preámbulo de la Ley Orgánica de Educación, nº 2/2006, de 3 de mayo (BOE 4 mayo 2006, núm. 106): *“La flexibilidad del sistema educativo lleva aparejada necesariamente la concesión de un espacio propio de autonomía a los centros docentes. La exigencia que se le plantea de proporcionar una educación de calidad a todo el alumnado, teniendo al mismo tiempo en cuenta la diversidad de sus intereses, características y situaciones personales, obliga a reconocerle una capacidad de*

decisión que afecta tanto a su organización como a su modo de funcionamiento. Aunque las Administraciones deban establecer el marco general en que debe desenvolverse la actividad educativa, los centros deben poseer un margen propio de autonomía que les permita adecuar su actuación a sus circunstancias concretas y a las características de su alumnado, con el objetivo de conseguir el éxito escolar de todos los estudiantes. Los responsables de la educación deben proporcionar a los centros los recursos y los medios que necesitan para desarrollar su actividad y alcanzar tal objetivo, mientras que éstos deben utilizarlos con rigor y eficiencia para cumplir su cometido del mejor modo posible". Con un reflejo en un conjunto de principios del sistema educativo, recogidos en el artículo 1, entre los que se encuentra: *"b) La equidad, que garantice la igualdad de oportunidades para el pleno desarrollo de la personalidad a través de la educación, la inclusión educativa, la igualdad de derechos y oportunidades que ayuden a superar cualquier discriminación y la accesibilidad universal a la educación, y que actúe como elemento compensador de las desigualdades personales, culturales, económicas y sociales, con especial atención a las que se deriven de cualquier tipo de discapacidad*". Este es el marco de principios que debe configurar el sistema educativo español; no obstante, debo detenerme a analizar de qué manera inciden sobre las personas con discapacidad.

Tal como recoge el precepto, resulta básico para fundamentar el disfrute de este derecho por el grupo social de personas con discapacidad, la vinculación que efectúa el artículo con la dignidad de la persona a través de su contribución al libre desarrollo de su personalidad, la convivencia democrática y los derechos fundamentales. Pese a la fundamentación equivocada que realiza el artículo indicado en un principio ético como es la equidad, que no resulta un concepto de dimensión jurídica, pues en lugar de éste debería haber figurado la *"justicia"*, a mi juicio, la fundamentación de la Ley me parece correcta. A este último principio se refiere de forma indirecta en el apartado c) del indicado precepto, en relación con los valores que debe transmitir la educación²⁰⁸.

²⁰⁸ *"c) La transmisión y puesta en práctica de valores que favorezcan la libertad personal, la responsabilidad, la ciudadanía democrática, la solidaridad, la tolerancia, la igualdad, el respeto y la justicia, así como que ayuden a superar cualquier tipo de discriminación"*.

La educación resulta un instrumento básico para el desarrollo del proyecto vital de cada individuo, es por ello, por su conexión con la dignidad, que se configura como una de las mejores herramientas para favorecer la inclusión social. Como manifiesta DE LORENZO: *“Es clara...la relación existente entre nivel de educación y formación y la exclusión. Una vez más la zona en la que se vive, la accesibilidad a las infraestructuras que a uno le rodean, las prioridades en las políticas locales, regionales y nacionales, son factores externos que decidirán si una persona con discapacidad va a poder recibir una educación realmente inclusiva, con todas las ventajas que ello conlleva, o va a entrar en los circuitos de marginalización, con la reducción de oportunidades que esto supone para la persona con discapacidad”*²⁰⁹. Estos argumentos se repiten en algunos de los apartados que desarrollo en el presente capítulo; no obstante, parece que no hay duda ninguna sobre esta fundamentación. Sin embargo, la realidad de las personas con discapacidad arroja un resultado no tan favorable, en comparación con la claridad del planteamiento inicial. En el Informe Mundial sobre la Discapacidad se recogen las reflexiones siguientes: *“los niños con discapacidad tienen menos probabilidades que sus homólogos no discapacitados de ingresar en la escuela, permanecer en ella y superar los cursos sucesivos. El fracaso escolar se observa en todos los grupos de edad y tanto en los países de ingresos altos como bajos, pero con un patrón más acusado en los países más pobres. La diferencia entre el porcentaje de niños con discapacidad y el porcentaje de niños no discapacitados que asisten a la escuela primaria va desde el 10% en la India hasta el 60% en Indonesia. Por lo que respecta a la enseñanza secundaria, la diferencia en las tasas de asistencia escolar oscila entre el 15% en Camboya y el 58% en Indonesia. Incluso en países con altos porcentajes de matriculación en la escuela primaria, como los de Europa oriental, muchos niños con discapacidad no asisten a la escuela”*²¹⁰. Independientemente de que las conclusiones del referido estudio se extrapolen a un ámbito mundial, dado el carácter de las instituciones por cuenta de las cuales ha sido elaborado, lo cierto es que en la atención educativa inciden numerosos factores que van desde la accesibilidad de las aulas, hasta la formación especializada del personal docente. Todos los

²⁰⁹ DE LORENZO, R. *“El Futuro de las personas con discapacidad en el mundo”*. Ob. Cit. Pág. 55.

²¹⁰ Informe Mundial sobre la Discapacidad. Ob. Cit. Pág. 11.

factores concurrentes, en su conjunto, son la causa de unas cifras tan elocuentemente bajas. Teniendo en cuenta la importancia que le es asignada a la educación en su contribución a la realización de la persona como un sujeto digno y como factor de inclusión social, es lo que, por ejemplo, en el ámbito europeo, hace que la educación constituya uno de los ámbitos principales de la Estrategia Europea sobre Discapacidad (EED).

El dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 23 de octubre de 2008, sobre la propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual a las que he hecho referencia en el apartado anterior, declara haber pruebas de la existencia de discriminación en materia de educación en toda la UE por motivos de religión o creencias, discapacidad u orientación sexual, siendo uno de los principales factores que impulsaron la presentación de esta propuesta de directiva; el CESE considera que la prohibición de la discriminación y el fomento de la igualdad de trato en la educación es de tal importancia para el desarrollo de las sociedades democráticas y tolerantes, para el desarrollo social y económico y para la consecución de la cohesión social, que han de dictarse normas sobre la materia a escala comunitaria que sean coherentes con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad contemplados en el artículo 5 del TCE (ap. 3.2.3.3), con una importancia especial dada a la necesidad de establecer un elevado nivel de protección contra la discriminación en la atención de las necesidades de educación especiales, con objeto de garantizar un trato digno y justo a todos los niños, independientemente de su religión o creencias, discapacidad u orientación sexual (ap. 3.2.3.4)²¹¹.

Esta evidencia de discriminación se plasma en un menor acceso de las personas con discapacidad a los ámbitos de educación superiores. Según el Libro Blanco sobre Universidad y Discapacidad, aunque en Primaria y ESO el porcentaje de estudiantes con discapacidad se encuentra en una tasa normal, se reduce en los que están cursando Bachillerato, disminuye notablemente en

²¹¹ COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO. Dictamen sobre *"Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual"*. Ob. Cit. Pág. 7.

los que lo finalizan y aún más en los que se matriculan en estudios universitarios²¹². No obstante esta situación real, las disposiciones normativas no dejan lugar a dudas; conforme dispone el artículo 71.1 de la Ley Orgánica 2/2006 las Administraciones educativas han de disponer de los medios necesarios para que todo el alumnado alcance el máximo desarrollo personal, intelectual, social y emocional, así como los objetivos establecidos con carácter general en ella. Exigencia que refuerza en su apartado segundo pues las encomienda asegurar los recursos necesarios para que los alumnos y alumnas que requieran una atención educativa diferente a la ordinaria, por presentar necesidades educativas especiales, por dificultades específicas de aprendizaje, por sus altas capacidades intelectuales, por haberse incorporado tarde al sistema educativo, o por condiciones personales o de historia escolar, puedan alcanzar el máximo desarrollo posible de sus capacidades personales y, en todo caso, los objetivos establecidos con carácter general para todo el alumnado. En el artículo 72, exige a las Administraciones educativas que dispongan *"del profesorado de las especialidades correspondientes y de profesionales cualificados, así como de los medios y materiales precisos para la adecuada atención a este alumnado"*, así como, que doten a los centros de los recursos necesarios para atender adecuadamente a este alumnado, debiendo ser los criterios para determinar estas dotaciones los mismos para los centros públicos y privados concertados.

Por otro lado, les impone a todos contar con la debida organización escolar y les exige las adaptaciones y diversificaciones curriculares precisas para facilitar a todo el alumnado la consecución de los fines establecidos. Además, estas Administraciones habrán de promover la formación del profesorado y de otros profesionales relacionada con el tratamiento del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo. En relación con los alumnos con necesidades educativas especiales (artículo 73), es decir de aquéllos que requieran, *"por un periodo de su escolarización o a lo largo de toda ella, determinados apoyos y atenciones educativas específicas derivadas de discapacidad o trastornos*

²¹² JIMÉNEZ SERRANO, E. *"Estudiantes con discapacidad física y orgánica en la universidad: situación, necesidades y propuestas para mejorar la respuesta educativa"* en VV.AA *"Jornadas: Inclusión de los estudiantes con discapacidad en la Universidad. Necesidades y demandas"*. UNED. 2011. Pág. 50.

graves de conducta", el artículo 74 establece que su escolarización se regirá por los principios de normalización e inclusión, asegurando su no discriminación e igualdad efectiva. Además, quiere que la identificación de sus necesidades se haga cuanto antes *"por personal con la debida cualificación y en los términos que determinen las Administraciones educativas"*, prevé la evaluación de los resultados de cada curso para cada alumno y alumna, a los efectos de modificar el plan de actuación y la modalidad de escolarización para favorecer, en cuanto sea posible, un régimen de mayor integración. Es decir, lo que se exige es la adecuación de la enseñanza a las específicas necesidades de estos alumnos, cualificación del personal, medios necesarios y programación con el objetivo último de asegurar su pleno desarrollo, son las líneas maestras de la regulación legal que quiere hacer efectiva la educación en condiciones de igualdad real de estos niños y niñas.

No obstante estas prescripciones, la realidad difiere notablemente del mandato legal, dado que, ante la falta de respuesta educativa pública, la educación especial se encuentra avocada de forma mayoritaria a una adscripción a centros privados, resultando mayor la misma, cuanta mayor afectación por la discapacidad presente el alumnado en cuestión. Son finalmente los progenitores y progenitoras quienes deben satisfacer el precio de su educación en centros privados, con la ayuda de entidades sin ánimo de lucro, o en entidades auto-gestionadas por los propios colectivos afectados. Esta situación se ha agravado como consecuencia de los recortes presupuestarios de las Administraciones autonómicas durante los últimos ejercicios. Como consecuencia de ello, parecen ignorar estas entidades públicas las obligaciones que el marco legal les impone; desgraciadamente, obligan a las personas afectadas a recurrir a los Tribunales con el fin de que les sean reconocidos sus derechos.

Ejemplo de esto último, una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sección 1ª) de fecha 14 de octubre de 2013 (Rec. 58/13), reconoce el derecho fundamental a la educación a una persona con autismo y con discapacidad severa. En los antecedentes de la sentencia, cuyo proceso fue seguido por el procedimiento especial de derechos fundamentales, destaca la falta de medios del centro de

educación especial al que acude el recurrente y los cambios pedagógicos a los que se le somete, siendo sometido por el Centro a asegurar unas “*garantías psiquiátricas*” mediante fármacos que resultan contraindicados para esta persona, a cuya administración se niegan sus representantes legales, lo que determina su salida del Centro. En su fundamento de derecho octavo formula la declaración siguiente: “*La Administración carece de recursos humanos y materiales con los que afrontar los peculiares problemas y situaciones que pueden presentar este tipo de alumnos discapacitados, problemas asociados a la discapacidad que presentan y sitúa, a través del centro educativo en que se halla escolarizado el hijo del demandante, a sus padres en la tesitura, para la continuación del programa educativo, de asumir una solución médica y farmacológica contraindicada según los propios informes que obran en el expediente, sin que existan y se hayan previsto protocolos o programas de actuación, sin que exista coordinación, necesaria a lo que parece, entre diferentes departamentos administrativos que ofrezcan una respuesta adaptada a las necesidades del alumno discapacitado, conforme lo ordena y dispone el artículo 74 de la L.O. 2/2006. En definitiva, ausencia de medios y ausencia de respuesta administrativa es lo que recibió Ramiro y su familia a partir de noviembre de 2010, que es distinto a garantía de éxito, o de insuficiencia de un programa educativo, que tal vez no se exigía ni se exija. Ausencia de respuesta y prestación educativa por la Administración cuando ésta estaba obligada a darla*”. Aprecia en consecuencia vulneración del Derecho Fundamental.

De la indicada sentencia extraigo las siguientes conclusiones, en relación con el objeto del trabajo: 1) el derecho a la educación, si bien resulta un derecho de configuración legal, no por eso resulta que la actividad administrativa pueda ser “*graciable*” sino que, por el contrario, ha de ajustarse a los principios, directrices y criterios que se recogen en el texto; son éstos los que sirven de reglas del control de la Administración para evitar que su actuación resulte arbitraria o irracional, sobre la base de lo dispuesto en los artículos 73 y 74 de la LOE 2/2006, como asimismo los principios y criterios recogidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 (FD 7º); 2) la falta de medios prestacionales y la falta de respuesta de la Administración demandada genera la lesión de derechos fundamentales enjuiciada (FD 8º) ; 3) no resulta

una mera cuestión de legalidad ordinaria, sino de lesión al derecho fundamental a la educación en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad (FD 8º); ausencia de medios y ausencia de respuesta administrativa es lo que recibió, que es distinto a garantía de éxito, o de insuficiencia de un programa educativo, como es el caso que se enjuicia, por lo que lo que no se exige es una igualdad de resultados, sino una respuesta y prestación educativa por la Administración cuando ésta estaba obligada a darla (FD 8º).

Esta sentencia cita otra de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2011 (sec. 7ª, rec. nº 603/2010), que declara en su fundamento de derecho 8º: *“Una cosa es que no quepa hablar, en general, de un derecho subjetivo de los ciudadanos a exigencias prestacionales salvo previsión al efecto del legislador o que, por las limitaciones presupuestarias, no sea posible acoger a un niño en un determinado centro escolar y otra bien diferente que esos mismos criterios deban trasladarse sin más a supuestos tan singulares como el que aquí tenemos. Porque, ciertamente, es singular la situación de los niños con TEA. Por padecerlo se encuentran en una posición de desigualdad de partida que les hace acreedores de una respuesta de las Administraciones educativas adecuada a sus necesidades, bien particulares. No es la suya, por tanto, una situación comparable a la de los ciudadanos frente a los que, en principio, cabe hacer valer límites a sus pretensiones como los que menciona la sentencia. En este caso, los poderes públicos deben hacer frente a una exigencia cualificada desde el punto de vista constitucional: la propia del derecho a la educación del artículo 27 de la Constitución, reforzada por el principio de protección de los discapacitados que enuncia su artículo 49 y, sobre todo, por el mandato de su artículo 9.2 de remover los obstáculos a una plena igualdad. Las previsiones legales antes expuestas son coherentes con estos presupuestos constitucionales en tanto se preocupan por asegurar una igualdad efectiva en la educación y exigen a las Administraciones competentes que ofrezcan a cada alumno el tratamiento acorde con sus necesidades para desarrollar su personalidad”*. Independientemente del acierto del pronunciamiento de la Sala, en el párrafo que reproduzco destaca la proporcionalidad de la respuesta, que debe resultar mayor cuanto más débil resulte la posición de partida del sujeto

afectado. Este supuesto resulta extrapolable a la situación de alumnos y alumnas con pluri-discapacidad que, por contrapartida, cuanto mayor es el grado de afectación, menor es la respuesta y contribución de los poderes públicos a la respuesta a estas necesidades. Parecería pues que el derecho a la educación puede resultar disfrutado exclusivamente por un alumnado medio con unas necesidades educativas standard, desapareciendo cuando se aleja de este término de comparación.

De acuerdo con el artículo 7.3 del TRDPCDYS, el nivel de protección debe resultar especialmente intenso respecto de los ámbitos siguientes: “..., *educación*,...”. El principio de igualdad se garantiza mediante una educación de naturaleza inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones a los restantes estudiantes, conforme lo que disponen las leyes que desarrollen este derecho (artº 18.1). Garantías adicionales que dispone la Ley son las siguientes: a) coordinación de los centros de educación especial con los centros ordinarios, para favorecer la inclusión de sus alumnos en el sistema educativo ordinario; b) habilitación de unidades pedagógicas en los hospitales infantiles, de rehabilitación y aquéllos que tengan servicios pediátricos permanentes, ya sean de titularidad pública o privada que regularmente ocupen al menos la mitad de sus camas con pacientes cuya estancia y atención sanitaria sean financiadas con cargo a recursos públicos, con el fin de prevenir y evitar la marginación del proceso educativo de los alumnos de edad escolar ingresados en dichos hospitales; c) adaptación del régimen de convocatorias en beneficio de las personas que cursen estudios universitarios, cuya discapacidad les dificulte gravemente la adaptación al régimen de convocatorias general, previa solicitud, pudiendo ser ampliado su número; la adaptación se produce igualmente, respecto de estos alumnos, en la realización de las pruebas en función de las características de la discapacidad que presente la persona interesada; d) sensibilización, información y formación continua de los equipos directivos, el profesorado y los y las profesionales de la educación, dirigida a su especialización en la atención a las necesidades educativas especiales del alumnado con discapacidad (artº 20). Todo este despliegue normativo tiene dificultades en su aplicación práctica; el personal docente puede considerar la experiencia de integración de un niño o niña con discapacidad en el aula como un reto, pero puede también una parte del

personal docente que no acepte las adaptaciones en los procedimientos que su discapacidad exige. La presencia de estudiantes con discapacidad en las aulas aporta aspectos muy positivos al resto de alumnos, como el sentimiento de solidaridad, la educación emocional, coordinación, el orden en el aula que se exige para facilitar la movilidad de los o las estudiantes con discapacidad, el aprendizaje sobre la diversidad en la vida social; por otro lado, los resultados de determinadas prácticas que se han implantado como apoyos a los alumnos y alumnas con discapacidad, pueden ser extrapolados al sistema educativo en general²¹³.

No obstante, ante la falta de una política educativa general, se sigue en alguna Comunidad Autónoma una política de excelencia, en la que tiene una difícil cabida una política educativa inclusiva; como destaca DE ASÍS ROIG esta idea de la excelencia se contrapone directa o indirectamente a la discapacidad, y se basa en capacidades y habilidades, pero resulta ajena, en la mayoría de los casos, a la reflexión sobre las posibilidades y las barreras²¹⁴. A los padres de los alumnos y alumnas con discapacidad se les niega el derecho a elegir centro para sus hijos, y son intimados a acudir a centros específicos que, supuestamente, cuentan con los recursos humanos y materiales suficientes para atender a sus hijos e hijas. No obstante, la falta de asignación de recursos a estos grupos educativos, conlleva que se cubran las necesidades educativas con profesorado interino, que cambia de curso en curso de destino, a quienes no se les imparte formación específica, como consecuencia de su propia precariedad en el empleo. Esta situación se traduce en una permanente exclusión. El modelo educativo general, en la práctica, no resulta inclusivo, como proclaman las leyes que he analizado. Como recoge el profesor CAMPOY en su informe, *“La ausencia en España de una educación inclusiva de calidad representa uno de los mayores problemas para los niños y niñas con discapacidad, así como para sus padres y familias”*²¹⁵. Por otro lado, como también recoge el Informe del Comité de Derecho de las Personas con

²¹³ La tasa de abandono escolar de niños ciegos está en el 9.6%. «Cifra muy por debajo de la tasa general en España y de la UE, que es del 12.8%. Entre los motivos –apunta Ana Ruiz, directora de Educación, Empleo y Promoción Cultural de la ONCE– está la figura del "profesional de referencia" que les acompaña para que su adaptación sea completa». Diario ABC. 16.04.2014. Págs. 44-46.

²¹⁴ DE ASÍS ROIG, R. *“Sobre discapacidad y derechos”*. Ob. Cit. Págs. 31.

²¹⁵ CAMPOY CERVERA, I. *“Estudio sobre la situación de los niños y niñas con discapacidad en España”*. Ob. Cit. Pág. 20.

Discapacidad, en sus Observaciones finales a España (6ª Sesión) de fecha 19-23 de septiembre de 2011, si bien considera positivamente que el principio inclusivo rija la escolarización de los alumnos con necesidades educativas especiales y la mayoría de los niños con discapacidad están incluidos en el sistema educativo ordinario, con cita de la LO 2/2006, de Educación, al Comité le preocupa la aplicación de esas leyes en la práctica, habida cuenta de que, según se informa, hay casos en que no se ha proporcionado a los alumnos y alumnas un acomodo razonable, en que continúan la segregación y la exclusión, en que se han aducido argumentos económicos para justificar la discriminación y en que se ha matriculado a niños y niñas en programas especiales de educación contra la voluntad de sus padres. El Comité observa con preocupación que los padres que rechazan la inclusión de sus hijos con discapacidad en programas especiales de educación no tienen ninguna posibilidad de apelar, y que su única alternativa es educarlos por su cuenta o pagar por la inclusión razonable de sus hijos en el sistema tradicional de educación²¹⁶.

En el ámbito universitario, son numerosos los problemas que se plantea a la comunidad de estudiantes con discapacidad; no obstante, preocupa de manera destacada la accesibilidad de las instalaciones. En primer lugar, se modificó la Ley Orgánica de Universidades nº 6/2001, de 21 de diciembre (BOE 24 de diciembre de 2001, núm. 307), mediante la LO 4/2007, de 12 de abril (BOE 13 abril 2007, núm. 89); dado que, como recoge el Preámbulo de ésta, tras cinco años de vida, se habían detectado algunas incidencias que aconsejaban su revisión; uno de los objetivos (párrafo 13 del Preámbulo) supone ... *“el impulso de políticas activas para garantizar la igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad”*²¹⁷. Para tratar de reconducir esta situación se ha promulgado el Estatuto de Estudiantes Universitarios, aprobado en virtud de Real Decreto 1791/2010, de 30 de diciembre (BOE 31 diciembre 2010, núm. 318), en cuyo articulado recoge principios básicos, como las adaptaciones a las necesidades específicas de los estudiantes con

²¹⁶ CRPD/C/ESP/CO/1. Pág. 6.

²¹⁷ Se aprecia el contraste respecto de otros colectivos en riesgo de exclusión respecto de los que la Ley prevé la creación de programas específicos (igualdad de género, de ayuda a las víctimas del terrorismo). Pese a que en el momento de promulgarse, habían transcurrido tres años y medio desde la promulgación de la LIONDAU.

discapacidad para facilitar la realización de sus pruebas de acceso y admisión, así como la accesibilidad de espacios y edificios y la disposición de medios materiales, humanos y técnicos, para asegurar la igualdad de oportunidades y su plena integración en la Universidad (art. 15); la promoción de programas de movilidad nacionales e internacionales, para los que se debe garantizar la financiación suficiente (art. 18); programas y actividades de tutoría específicos para las personas con discapacidad, incluso de carácter permanente a lo largo de sus estudios (art. 21); prácticas académicas externas, mediante convenios con instituciones y empresas (art. 24.4); adaptaciones metodológicas, temporales y espaciales en las pruebas de evaluación, que se acomodan a las necesidades de los y las estudiantes con discapacidad (art. 26), así como en las revisiones personalizadas de las pruebas efectuadas por los y las estudiantes con discapacidad (art. 30.2); la concienciación proactiva de los y las estudiantes para facilitar la promoción de la participación del colectivo (art. 38.3.c); la promoción de la actividad deportiva universitaria de los y las estudiantes con discapacidad (art. 62.5); creación y mantenimiento de servicios de transporte adaptado (art. 65.5); la creación de Servicios de Atención a la comunidad universitaria con discapacidad (art. 65.6); accesibilidad de las páginas web y medios electrónicos de las enseñanzas y/o universidades a distancia, en cumplimiento de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (art. 65.8)²¹⁸; instalaciones accesibles en colegios y residencias universitarias (art. 66.4). La valoración de esta regulación permite entender que se producen avances en la manera como se aborda la discapacidad en el ámbito de la educación universitaria. Medidas de acción positiva figuran recogidas en el Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre (BOE 30 octubre 2007, núm. 260), que establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, en cuyo artículo 14.2 se exige de las universidades en las enseñanzas de grado que dispongan de servicios de apoyo y asesoramiento adecuados a los y las estudiantes con necesidades educativas específicas derivadas de la discapacidad, con el fin de que evalúen la necesidad de posibles adaptaciones curriculares. Obligación que también se prescribe en las enseñanzas de Máster (art. 17.3). Asimismo, en el Real

²¹⁸ Precepto que, tal como recojo en el apartado 7.10 relativo a la Sociedad de la Información prescribe la accesibilidad con especial incidencia en el ámbito universitario.

Decreto 1892/2008, de 14 de noviembre, por el que se regulan las Condiciones para el Acceso a las Enseñanzas Universitarias Oficiales de Grado y los Procedimientos de Admisión a las Universidades Públicas Españolas (BOE 24 noviembre 2008, núm. 283), en cuyo artículo 19.2 se recogen medidas de acción positiva mediante las que se pretende facilitar el acceso a las enseñanzas de Grado, tales como: adaptación de los tiempos, la elaboración de modelos especiales de examen y la puesta a disposición del y de la estudiante de los medios materiales y humanos, de las asistencias y apoyos y de las ayudas técnicas que precise para la realización de la prueba de acceso, así como en la garantía de accesibilidad de la información y la comunicación de los procesos y la del recinto o espacio físico donde ésta se desarrolle. En este mismo sentido, la reserva de un 5% de las plazas disponibles para los y las estudiantes con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%, así como quienes hayan precisado de recursos y apoyos para su normalización educativa en una fase de escolarización anterior (art. 51).

Existen razones estadísticas que avalan estas medidas de acción positiva: de acuerdo con la *“Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (EDAD) 2008”*, publicada por el INE, existe una estimación de 200.000 estudiantes universitarios con discapacidad, frente al total de 91.000 que se cifraba en la misma estadística en el año 1999. No obstante, tal como recoge el Libro Blanco sobre Universidad y Discapacidad, publicado por el Real Patronato de la Discapacidad, los estudiantes universitarios con discapacidad, representan actualmente un colectivo de 7.500-8.000 personas, un 0,5% de la población universitaria total; en las universidades privadas, esta tasa baja a la mitad²¹⁹. La mayor presencia de estudiantes con discapacidad se debe a la mayor conciencia por estas personas de sus propias posibilidades y derechos, pero también por la ratificación de la Convención de Naciones Unidas, que ha traído consigo los efectos siguientes: 1) la incorporación en la legislación universitaria del enfoque de los derechos de estas personas; 2) el impulso por la Administración; 3) el empeño de las universidades por mejorar sus servicios de atención a las y los

²¹⁹ MORALES PERALTA, A. *“Libro Blanco sobre Universidad y Discapacidad”*. Real Patronato de la Discapacidad. 2007. Versión on-line. <http://www.cermi.es/es-ES/Biblioteca/Paginas/Inicio.aspx?TSMEIdPub=6>. Pág. 76.

universitarios con discapacidad y mejorar el trabajo en redes interuniversitarias²²⁰.

La integración del alumnado con discapacidad resulta uno de los principios básicos que se contiene en el marco de la Estrategia Universidad 2015, que prevé el artículo 62 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE nº 55, de 5 de marzo de 2011), con el que se pretende promover la competitividad de las universidades españolas y su progresiva implantación en el ámbito internacional; en cuyo seno, se articulan una serie de iniciativas a través del programa Campus de Excelencia Internacional, en las que se priorizan aspectos tales como la transmisión de valores humanos y de garantía de la igualdad de oportunidades, igualdad de género, y la plena integración de las personas con discapacidad (Artículo 62.2, apartado g). Uno de los aspectos en los que debe mejorar la universidad es, precisamente, la inclusión de las y los estudiantes con discapacidad; el incremento en la cifra de matriculados y matriculadas puede considerarse una consecuencia de las acciones de mejora pero también una de las causas fundamentales de que las universidades deban asumir nuevos compromisos y mejorar su respuesta educativa²²¹. Un ejemplo de ello son unas cifras elocuentes: en la UNED se encuentran matriculados casi la mitad del total de universitarias y universitarios con discapacidad matriculados en nuestro país; el motivo no puede ser otro que, tal como refiere RODRÍGUEZ MUÑOZ, los obstáculos y barreras que será preciso ir eliminando de forma paulatina para lograr que los entornos universitarios sean de verdad inclusivos y garanticen las mismas oportunidades para todos sus estudiantes; este autor destaca, entre otras las barreras físicas, arquitectónicas, tecnológicas, y actitudinales²²². La universidad sigue siendo un espacio un tanto hostil e inaccesible para muchas personas con diversidad funcional, que quieren empezar una carrera universitaria, o trabajar en la misma, y que ven mermadas gran parte de sus expectativas académicas y profesionales, respectivamente²²³.

²²⁰ RODRÍGUEZ MUÑOZ, V. M. *La Universidad y los estudiantes con discapacidad* en VV.AA. *“Jornadas: Inclusión de los estudiantes con discapacidad en la Universidad. Necesidades y demandas”*. Ob. Cit. Pág. 38.

²²¹ Idem. Pág. 43.

²²² Idem. Pág. 44.

²²³ GARCÍA OCA M.A. y ARNAU RIPOLLÉS, M.S. *“Universidad y diversidad funcional. Pedagogía para una vida independiente”* en Idem. Pág. 69.

En un reciente documento de 24 de marzo de 2014²²⁴, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su punto 25 sobre el derecho a la educación de las personas con discapacidad, reconoce que, si bien se han hecho progresos, existe una profunda preocupación por el hecho de que muchas personas con discapacidad en todas las regiones continúan enfrentándose a obstáculos significativos para el ejercicio de su derecho a una educación sin discriminación sobre la base de una igualdad de oportunidades; profunda preocupación por la violencia, estigmatización y discriminación a la que se enfrentan las personas con discapacidad, que les conduce a exclusión y dificulta y limita su acceso a la educación.

En nuestro país, sólo un sistema educativo de calidad, inclusivo, integrador y exigente, garantiza la igualdad de oportunidades y hace efectiva la posibilidad de que cada alumno o alumna desarrolle el máximo de sus potencialidades; sólo desde la calidad se podrá hacer efectivo el mandato del artículo 27.2 de la Constitución Española, como recoge el Preámbulo, apartado I, último párrafo, de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, de mejora de la calidad educativa (BOE 10 diciembre 2013, núm. 295). En cuanto declaración de principios el contenido de la norma indicado está muy bien, y resulta adaptado a las nuevas orientaciones introducidas por la Convención; no obstante, si la carga económica en el sistema educativo resulta esencial, para promover el sistema educativo inclusivo en la forma que apunta la LO, para las personas con discapacidad los aportes económicos devienen cruciales. Como destaca el rector de la UNED, Alejandro Tiana, en declaraciones a la agencia de noticias Servimedia²²⁵, en la actualidad el reto en el ámbito de la educación inclusiva, más allá de las barreras arquitectónicas, es cómo hacer accesibles las plataformas de aprendizaje, la realización de exámenes, o las prácticas curriculares; sobre cómo aborda la LOMCE la educación inclusiva, el rector explica que la LOMCE incorpora algunos cambios de cierta importancia en ese tema, como es una concepción de que cada persona tiene sus talentos y los

²²⁴ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Naciones Unidas. 25ª. Sesión. 24.03.2014. *“Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”*. A/HRC/25/L.30. Disponible en internet en <http://daccess-ods.un.org/TMP/7728852.03361511.html>.

²²⁵ Agencia de noticias Servimedia. 25.04.2014. Consultado en noticias CERMI, en <http://www.cermi.es/ES-ES/NOTICIAS/Paginas/Inicio.aspx?TSMEIdNot=5312>. Consultado el día 29.04.014.

tiene que desarrollar. Y, por otro lado, se refiere al modo de desarrollarlo, que, dice, *“parece que es encauzarles por vías distintas, y por vías, divergentes entre sí, a partir de un momento más temprano que lo que venía siendo hasta ahora”*. Esto, afirma, *“requiere un trabajo muy intensivo en mano de obra, es laborioso, son recursos de trabajo; y últimamente se requieren muchos recursos más de tipo económico en lo que es toda la accesibilidad de las TIC. Algunas modificaciones para conseguir la accesibilidad son muy costosas”*. En esta línea, subraya que en estos últimos años, en tres años, ha caído la financiación pública de la UNED del orden de un 20%, sobre una cantidad ya pequeña, porque, puntualiza, *“la UNED recibe más dinero de las matrículas de los estudiantes que lo que recibe del Estado o del Ministerio de Educación”*. El profesor aporta un apunte importante que me permite obtener conclusiones de lo desarrollado hasta ahora en este apartado: si se debe analizar la educación inclusiva como un todo, que enlaza la educación escolar y que debe tener su continuidad en la universitaria, los problemas que he apuntado en relación con la etapa escolar en este apartado, dificultarán ostensiblemente la incorporación de nuevos estudiantes con discapacidad a la universidad española. No se tendrá ningún éxito en esta fase, si no se aplican los mismos principios en las etapas educativas anteriores. De ahí la gran responsabilidad de los representantes políticos de todas las Administraciones Públicas, que deben allegar suficientes recursos al sistema educativo, con el fin de evitar que se genere una regresión al estado anterior.

Es este otro apartado que refleja la lejanía en que se encuentran los buenos principios de su realización efectiva. No obstante, el tradicional inmovilismo de las Universidades tiene ante sí el reto de convertirse en el mejor modelo social de inclusión del grupo de personas con discapacidad.

7.6. Empleo

La Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, ratificada por el Estado español el 29 de abril de 1980 (BOE 26.06.1980), declara en su artículo 15 el: *...“Derecho de las personas física o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las personas físicas o mentalmente*

disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A tomar las medidas adecuadas para procurar a los interesados medios para su formación profesional e incluso, si fuese necesario, las oportunas instituciones especializadas, ya sean privadas o públicas. 2. A adoptar las medidas adecuadas para proporcionar un puesto de trabajo a los minusválidos, particularmente por medio de servicios especiales de colocación, posibilidades de empleo protegido y medidas destinadas a estimular a los empleadores a su contratación”.

No obstante esta declaración de derechos, las cifras relativas al empleo de este grupo social son alarmantemente bajas. Los datos mundiales de la *Encuesta Mundial de Salud* indican que las tasas de empleo son menores entre los varones y mujeres con discapacidad (53% y 20%, respectivamente) que entre los varones y mujeres con no discapacidad (65% y 30%, respectivamente)²²⁶. El CESE señala que las personas con discapacidad representan aproximadamente un 16% de la población de la UE, es decir, 80 millones de personas. También constituyen la sexta parte de la población activa de la UE, y el 75 % de estas personas, que podrían necesitar un mayor apoyo, no tienen acceso al empleo. El 38 % de las personas con discapacidad de edad comprendida entre los 16 y los 34 años gana un 36 % menos que las personas sin discapacidad²²⁷. En este mismo sentido, el Informe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU recoge en su Comentario General 5 sobre personas con discapacidad²²⁸ (apartado 20), que la tasa de desempleo para las personas con discapacidad es de dos o tres veces mayor entre las personas con discapacidad que para las que no la tienen. Especifica asimismo que cuando tienen empleo, normalmente figuran con puestos de trabajo con salarios bajos, poca seguridad social y legal, y, a menudo, segregados del flujo

²²⁶ Informe Mundial sobre la Discapacidad. Ob. Cit. Págs. 11-12.

²²⁷ -apartado 2.7 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras» (COM(2010) 636 final) (2011/C 376/15- (DOCE 22.12.2011). Pág. 83.

²²⁸ <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/>. “20. The field of employment is one in which disability-based discrimination has been prominent and persistent. In most countries the unemployment rate among persons with disabilities is two to three times higher than the unemployment rate for persons without disabilities. Where persons with disabilities are employed, they are mostly engaged in low-paid jobs with little social and legal security and are often segregated from the mainstream of the labour market. The integration of persons with disabilities into the regular labour market should be actively supported by States”.

ordinario del mercado laboral, debiendo ser apoyada activamente por los Estados la inclusión de las personas con discapacidad en el mercado laboral ordinario²²⁹.

Según los datos de la Encuesta de Población Activa y de la Base Estatal de Personas con Discapacidad, Año 2012, publicada el 9 de diciembre de 2013, en España la tasa de actividad de personas con discapacidad era 40 puntos inferior a la de la población sin discapacidad (77,0%), siendo la tasa de paro para el colectivo del 33,1% en 2012, 8,1 puntos superior a la de la población sin discapacidad; la Encuesta revela datos interesantes, pues la tasa de empleo de las personas con certificado de discapacidad era del 24,5%; en la población activa con discapacidad hay un porcentaje mayor de hombres sobre el de mujeres (en 2012 había 207.000 hombres con discapacidad ocupados -el 58,2% de los ocupados con discapacidad total-, frente a 148.500 mujeres -el 41,8%-, y menos representación de las personas con estudios superiores que en la población activa sin discapacidad). De la Encuesta se extraen como conclusiones: la existencia de una clara discriminación en la población femenina con discapacidad, lo que confirma las afirmaciones sobre la doble discriminación que sufre este subgrupo. En la empleabilidad de las personas con discapacidad existe un componente de conciencia social negativa que incide en la misma, dado que la tasa de empleo de estas personas no guarda relación con su formación, criterio natural de selección por el empresariado; existe un nivel de formación de las personas con discapacidad, pero no guarda relación con el nivel de inserción en el mercado laboral.

Resulta básico para el acceso al empleo la calificación administrativa de persona con discapacidad, lo que permite a los individuos el acceso a los procedimientos de fomento del empleo institucionalizados; esta afirmación es corroborada por las cifras siguientes: durante el ejercicio 2012, el 25% de las personas con discapacidad ocupadas que cotizaron a la Seguridad Social tenía algún tipo de deducción en las cotizaciones, siendo beneficiarios el 24,9% de los asalariados y asalariadas con discapacidad de la modalidad de contrato

²²⁹ En este mismo sentido, en el Informe temático de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. *“Estudio temático sobre el trabajo y el empleo de las personas con discapacidad”*. 17.12.2012. A/HRC/22/25. Pág. 4.

específico de discapacidad, lo que demuestra la eficacia de las medidas de acción positiva en beneficio del colectivo.

Por otro lado resulta destacado que, no sólo por razones de oferta y demanda la tasa de ocupación de las personas con discapacidad sea menor que la de las personas sin discapacidad, sino que también por el lado de la oferta, a las personas con discapacidad el trabajo les significa un mayor costo, porque tal vez tengan que hacer un mayor esfuerzo para trasladarse al lugar de trabajo y desempeñar sus funciones; en los países con mejores prestaciones por discapacidad, el empleo puede significar una pérdida de prestaciones y de cobertura de salud, cuyo valor es mayor que los salarios que podrían ganarse; por lo tanto, es probable que el «salario de reserva» de una persona con discapacidad, es decir, el salario más bajo por el cual una persona está dispuesta a trabajar, sea más alto que el de una persona sin discapacidad; por el lado de la demanda, una condición de salud puede hacer que una persona sea menos productiva, sobre todo si el ambiente en el lugar de trabajo no es adecuado para personas con discapacidad²³⁰.

La Carta Social Europea (Revisada), texto aprobado por el Consejo de Europa el 3 de mayo de 1996, recoge en su artículo 15 un apartado 2 en el que se comprometen los estados signatarios a promover el acceso al empleo de las personas con discapacidad mediante medidas de estímulo a la contratación y el mantenimiento del empleo de estas personas en su entorno habitual de trabajo y a adaptar las condiciones de trabajo a sus necesidades o, cuando ello no sea posible por razón de la discapacidad, mediante el establecimiento o la creación de empleos protegidos *“en función del grado de incapacidad”*. Prevé medidas tales como el recurso a servicios especializados de colocación y de apoyo. Independientemente de la crítica que se pueda efectuar del texto por no haber quedado redactado siguiendo las pautas de los nuevos modelos sociales de atención a las personas con discapacidad, basado en los derechos humanos, lo cierto es que deja entrever ya, en la fecha de su aprobación, las medidas de *“ajustes razonables”* o adaptaciones del puesto de trabajo, que ha quedado generalizada con la Convención de Naciones Unidas.

²³⁰ Informe Mundial sobre la Discapacidad. Ob. Cit. Pág. 267.

Lamentablemente, como he puesto de manifiesto anteriormente, este instrumento no forma parte del ordenamiento jurídico español.

En este sector, la discriminación actitudinal resulta determinante para la promoción del acceso de las personas con discapacidad al mercado ordinario, ya que, como destaca el Informe Mundial sobre la Discapacidad: *“Los conceptos erróneos de los empleadores de que las personas con discapacidad son menos productivas que sus homólogos no discapacitados, junto con el desconocimiento de los ajustes disponibles para llegar a acuerdos, limitan las oportunidades de empleo”*²³¹. La baja incorporación de personas con discapacidad en el mercado de trabajo obedece a que los empresarios suelen desconocer, por prejuicios atávicos, el verdadero potencial productivo de estas personas y temen los posibles costes adicionales que conlleva la contratación de personas con discapacidad, especialmente de aquéllas con discapacidades más limitantes²³². En esas circunstancias, cabría esperar que a esa persona se le ofreciera un salario inferior al del mercado. Los efectos de una discapacidad en la productividad de las personas no son fáciles de calcular, porque dependen del tipo de discapacidad, el ambiente de trabajo y las tareas que exige el puesto²³³. De ahí la importancia que presenta la accesibilidad en el puesto de trabajo y la plena implantación de los ajustes razonables, en el sentido que he expuesto en un apartado anterior.

Como factor de cambio, sólo mediante políticas activas de discriminación positiva que contribuyan a hacer efectivo el principio de igualdad de oportunidades se podrá subvertir esa tendencia. Dentro de ese conjunto de medidas destacan los ajustes razonables que, tal como recoge el Informe Mundial sobre la Discapacidad, no se reducen exclusivamente a los ajustes de accesibilidad en el puesto de trabajo, sino que se opta en ese texto por un concepto más amplio, en el sentido que he expuesto al inicio de este capítulo, y que tendría por objeto medidas entre las que destaca facilitar el acceso a los procedimientos de selección y contratación, adaptar el entorno de trabajo, modificar los horarios laborales y proporcionar tecnologías auxiliares-, teniendo

²³¹ Idem. Pág. 9.

²³² CABRA DE LUNA, M.A. *“Inclusión laboral de personas con discapacidad y nuevas políticas activas de empleo”*. En DE LORENZO, R. (director) *“Derecho y discapacidad. In memoriam José Soto García-Camacho”*. Ed. Cinca. 2012. Pág. 122.

²³³ Idem. Pág. 267.

como objetivo reducir la discriminación en el empleo, mejorar el acceso al lugar de trabajo y modificar las percepciones acerca de la aptitud de las personas con discapacidad para ser trabajadores productivos²³⁴.

Al cambio de mentalidad que se debe producir en el sector del empleo contribuye de forma determinante la sociedad civil que, a través de los movimientos asociativos y del Tercer Sector²³⁵, han llegado a crear corporaciones de empresas en las que la integración de personas con discapacidad resulta un hecho; acreditando que resulta posible que coexista la rentabilidad económica con el compromiso social. Gracias a iniciativas como la expuesta, se empiezan a producir resultados en la empleabilidad de las personas con discapacidad. El proceso, por lo tanto, resulta lento, pero se van introduciendo medidas que facilitan el objetivo indicado. Como propone CABRA DE LUNA, para que el empleo de las personas con discapacidad se proyecte hacia el futuro, ello no puede hacerse sin la participación de las entidades de iniciativa social y del Tercer Sector como colaboradoras de las políticas activas de empleo²³⁶.

Una de las propuestas que permitiría el avance en relación con el objetivo propuesto sería, por ejemplo, la corresponsabilidad de la sociedad en la protección de los derechos de las personas con discapacidad; con este fin, la incorporación a las memorias de las cuentas de resultados de aspectos tales como la inclusión en la plantilla de las empresas mercantiles de personal con discapacidad contribuiría decididamente a que se mejore en la consecución de ese objetivo. Esta acción va en la línea de la aplicación de la disposición adicional vigesimosexta de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, ya anteriormente citada, y que modifica la indicación novena del artículo 200 de la Ley de Sociedades Anónimas; en virtud de este precepto, se exige que se contenga información en

²³⁴ Idem. Págs. 17.

²³⁵ El artículo 2.8 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, define el Tercer Sector como las organizaciones de carácter privado surgidas de la iniciativa ciudadana o social, bajo diferentes modalidades que responden a criterios de solidaridad, con fines de interés general y ausencia de ánimo de lucro, que impulsan el reconocimiento y el ejercicio de los derechos sociales.

²³⁶ CABRA DE LUNA, M.A. *“Inclusión laboral de personas con discapacidad y nuevas políticas activas de empleo”*. En DE LORENZO, R. (director) *“Derecho y discapacidad. In memoriam José Soto García-Camacho”*. Ob. Cit. Pág. 124.

las memorias de las cuentas de resultados sobre la distribución por sexos de las personas empleadas, personal directivo y miembros de los órganos de gobierno en cada ejercicio, también se debería exigir la inclusión en el mismo documento de información sobre otro grupo en riesgo de exclusión como el que analizo. Una medida de este tipo figura en el artículo 35 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE nº 55, de 5 de marzo de 2011), en el que, si bien para las sociedades mercantiles estatales y las entidades públicas empresariales adscritas a la Administración General del Estado, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley se debe: a) presentar anualmente informes de gobierno corporativo, así como memorias de sostenibilidad de acuerdo con estándares comúnmente aceptados, con especial atención a la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y a la plena integración de las personas con discapacidad; c) favorecer la adopción de principios y prácticas de responsabilidad social empresarial por sus proveedores, en particular relativas a la promoción de la integración de la mujer, de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y de la plena integración de las personas con discapacidad. El artículo 39, de aplicación a las empresas, organizaciones e instituciones públicas o privadas, se refiere exclusivamente a la labor de promoción de la responsabilidad social, sin que contenga una carga vinculante.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (48º período de sesiones, celebradas 30 de abril a 18 de mayo de 2012), Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a España, ha situado el empleo de las personas con discapacidad como un punto de atención, declarando como principales motivos de preocupación y recomendaciones, entre otras: *“12. El Comité está preocupado, particularmente en el contexto de la crisis económica y financiera, por el continuo incremento de las tasas de desempleo y del desempleo de larga duración que afectan negativamente a un porcentaje elevado de la población del Estado parte, especialmente... y las personas con discapacidad, agravando la situación de vulnerabilidad en la cual se encuentran (art. 2, párr. 2, y art. 6). El Comité recomienda al Estado parte que refuerce sus programas y adopte estrategias eficientes con miras a reducir las tasas de desempleo y cumplir progresivamente con el pleno disfrute del derecho al trabajo. El Comité recomienda al Estado parte que evite cualquier retroceso en el ámbito del*

empleo, incluyendo en materia de protección de los derechos laborales de los trabajadores. El Comité también requiere al Estado parte entregar en su próximo informe periódico estadísticas anuales en cuadros sobre la situación general del empleo, desagregadas por sexo, edad, nacionalidad y discapacidad. Asimismo, el Comité recomienda que la formación profesional de calidad siga siendo prioritaria, especialmente en los casos de desempleo de larga duración, tomando en cuenta las necesidades de las personas y grupos desfavorecidos y marginados. A este respecto, el Comité señala a la atención del Estado parte su Observación general N° 18 (2005), sobre el derecho al trabajo (art. 6 del Pacto)”²³⁷.

De acuerdo con el artículo 7.3 del TRDPCDYS, el nivel de protección debe resultar especialmente intenso respecto de los ámbitos siguientes: “...empleo...”; asimismo, destaca como un sector en el que se protege de forma especial el principio de igualdad de oportunidades (5.h). Su artículo 35 enuncia en su apartado 2 lo que, en principio, va a ser la garantía y efectividad del derecho a la igualdad de trato y de oportunidades en la esfera laboral. Para ello, recoge en su apartado 3 la definición de la discriminación directa e indirecta, reiterando el concepto que figuraba en el ya citado artículo 2. Formula en su apartado 5 una declaración hasta cierto punto redundante, ya que toma por nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de discapacidad. Cita como actos discriminatorios el acoso por razón de discapacidad (apartado 6) y la orden de discriminar a personas por motivo o por razón de su discapacidad (apartado 7). Como medidas específicas para garantizar la igualdad de trato en el empleo esboza el legislador el sistema de apoyos para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo (artº 37.1), centrándose en los tres ámbitos de empleo conocido: a) empleo ordinario, en las empresas y en las administraciones públicas, en el que quedaría incluido los servicios de empleo con apoyo; b) empleo protegido, en centros especiales de empleo y en enclaves laborales; c) empleo autónomo. Se mantienen como medidas de

²³⁷ E/C.12/ESP/CO/5. Apartado 12.

fomento de empleo las ayudas directas y bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social (artº 39), cuotas de reserva en el empleo público y privado del 2% (artº 42). De especial interés resultan los apoyos en el sector de empleo ordinario, antes indicado, que son un conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de personas trabajadoras con discapacidad con especiales dificultades de inclusión laboral en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñan puestos equivalentes (artº 41), así como los servicios de ajuste personal y social en Centros Especiales de Empleo (artº 43.1).

No obstante, la realidad resulta muy preocupante. En 2013 se realizaron un total de 69.648 contrataciones específicas a personas con discapacidad, que suponen una tasa del 13 por ciento sobre la población activa con discapacidad y del 46,3 por ciento de las contrataciones realizadas al colectivo de personas con discapacidad; los centros especiales de empleo realizaron un total de 49.608 contrataciones, lo que equivale al 9 por ciento de la población activa con discapacidad y el 71 por ciento de todos los contratos específicos realizados durante el año a este colectivo. Las contrataciones específicas relacionadas con la discapacidad representan el 0,4 por ciento de todas las contrataciones registradas por el Servicio Público de Empleo Estatal (Sepe) a lo largo de 2013. En lo que se refiere al empleo protegido, las casi 50.000 contrataciones realizadas por los CEE en 2013 suponen un tercio de todas las contrataciones realizadas a las personas con discapacidad. Entre 2012 y 2013 el número de contrataciones específicas realizadas a las personas con discapacidad se incrementó en un 14 por ciento; los realizados en CEE crecieron en un 18,9 por ciento, mientras que los realizados en empresas ordinarias lo hacían en un 4 por ciento²³⁸. De estas cifras se extrae como conclusión que los niveles de contratación de las personas con discapacidad resultan todavía muy bajos, resultando un empleo tributario de problemas estructurales como la temporalidad. Resulta igualmente destacada la nula intervención de los servicios públicos de empleo en la contratación de trabajadores y trabajadoras de este colectivo, lo que puede ser debido a la nula

²³⁸ Cifras extraídas de “*El Economista Fundaciones*”. Edición 25.11.2014. Págs. 24-25.

especialización del Servicio en los problemas que cualifican el empleo de las personas con discapacidad; lo que demuestra, una vez más, la escasa puesta en práctica del ordenamiento jurídico en muchos sectores. No obstante, éste resulta crucial para la inclusión de las personas con discapacidad.

7.7. Relaciones con las administraciones públicas

Tal como he ido reiterando en apartados anteriores en relación con otros sectores, el artículo 7.3 del TRDPCDYS prescribe un nivel de protección especialmente intenso respecto del ámbito que estudio en este apartado en el aspecto de la *“participación en los asuntos públicos”*, resultando éste también un ámbito de aplicación del principio de igualdad de oportunidades, según dispone el 5.e), y, en especial, el de la Administración de Justicia (5.f).

Una manifestación de ese mismo derecho es el ejercicio de derechos políticos; respecto de los mismos, los artículos 53 y 54 del mismo Texto no articulan medidas específicas para evitar la discriminación de las personas con discapacidad en cuanto al ejercicio del derecho de participación en la vida política y pública. Sí declaran la obligación general de las administraciones públicas de disponer de los medios y recursos que precisen estas personas para ejercer el derecho de participación en la vida política y pública en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos. Esta declaración se centra en un aspecto como es la accesibilidad que, como ya he dicho anteriormente, incide directamente en el ejercicio material del derecho. Este último se desarrolla en los artículos 12 y 29 de la Convención de NU sobre los derechos de las personas con discapacidad; en el primero de ellos, se contiene la declaración de que las personas con discapacidad tienen derecho al ejercicio de su capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida (apartado 2), y la muy especial declaración de que los Estados Partes deben asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica que se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho Internacional en materia de derechos humanos; de tal modo que las medidas que adopten en relación con el ejercicio de la capacidad jurídica de estas personas respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que

sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona (apartado 4). La plenitud del ejercicio de los derechos políticos se debe garantizar por los Estados Partes a las personas con discapacidad, asegurando a estas personas que puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas (art. 29). Como manifestación del ejercicio de este derecho, procede asegurar, en aplicación del precepto indicado: 1) la garantía de que los procedimientos, instalaciones y materiales electorales sean adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar; 2) la protección del derecho de las personas con discapacidad a emitir su voto en secreto en elecciones y referéndum públicos sin intimidación, y a presentarse efectivamente como candidatas en las elecciones, ejercer cargos y desempeñar cualquier función pública a todos los niveles de gobierno, facilitando el uso de nuevas tecnologías y tecnologías de apoyo cuando proceda; 3) la garantía de la libre expresión de la voluntad de las personas con discapacidad como electores y a este fin, cuando sea necesario y a petición de ellas, permitir que una persona de su elección les preste asistencia para votar; 4) promover activamente un entorno en el que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la dirección de los asuntos públicos, sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás, y fomentar su participación en los asuntos públicos; 5) su participación en organizaciones y asociaciones no gubernamentales relacionadas con la vida pública y política del país, incluidas las actividades y la administración de los partidos políticos; 6) la constitución de organizaciones de personas con discapacidad que representen a estas personas a nivel internacional, nacional, regional. El problema que plantea la puesta en marcha de estas medidas es la plena implantación de los apoyos personales como instrumento de garantía del principio de igualdad de oportunidades al que he hecho referencia anteriormente; la implantación normativa desde la entrada en vigor de la Convención se está ralentizando enormemente, por lo que no creo que su implantación definitiva pueda ser llevada a cabo en un plazo prudencial desde la entrada en vigor del instrumento internacional. Cuestiones tales como la modificación de la tutela con el fin de permitir el ejercicio del derecho al voto

exige la puesta en marcha de los nuevos equipos en los Juzgados, por lo que el ejercicio del derecho de participación política para multitud de personas con discapacidad, puede quedar en entredicho definitivamente. Una medida normativa como la indicada, exige una apuesta política sin tapujos, que aporte a los Juzgados el personal multidisciplinar que permita a los jueces llevar a cabo las intervenciones a las que he hecho referencia en los párrafos anteriores. Desgraciadamente, la falta de dotación presupuestaria destinada a la Administración de Justicia juega de nuevo en contra de un eficaz cumplimiento de las obligaciones que emanan de la Convención. Los avances que se han efectuado en relación con el ejercicio de los derechos políticos se vinculan, exclusivamente, a hacer efectiva la accesibilidad; en este sentido, la Ley Orgánica 9/2007, de 8 de octubre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (BOE 9 octubre 2007, núm. 242), modificó el apartado segundo del artículo 87 de la mencionada ley estableciendo que “el Gobierno, previo informe de la Junta Electoral Central, regulará sobre un procedimiento de votación para las personas ciegas o con discapacidad visual que les permita ejercer su derecho de sufragio, garantizando el secreto del voto”; el Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciembre (BOE 8 diciembre 2007, núm. 294), por el que se regula el procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho de sufragio, desarrolló ese mandato legal, amparándose, a su vez, en la habilitación prevista en la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio; la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordo ciegas (BOE 24 octubre 2007, núm. 255), hace referencia en sus artículos 13 y 22 a la accesibilidad y la participación política de dichas personas. Más recientemente, el Real Decreto 422/2011, de 25 de marzo, que aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para la participación de las personas con discapacidad en la vida política y en los procesos electorales (BOE 30 marzo 2011, núm. 76), contiene diversos preceptos de interés: 1) accesibilidad de locales con el fin de que las personas con discapacidad se puedan acercar a las mesas electorales (art. 3.1), con la facultad de formular reclamaciones a la Juntas Electorales (art. 3.3); 2)

intérpretes de lengua de signos como apoyos complementarios, previa solicitud por escrito de la persona interesada (art. 4); 3) accesibilidad de páginas web que contengan información electoral institucional (art. 5); 4) transporte gratuito al centro electoral para personas con discapacidad motriz, como medida de accesibilidad (art. 11); 5) ajustes razonables en los procedimientos de voto, para que los miembros de la mesa faciliten el ejercicio de su derecho a personas con discapacidad con la mayor autonomía posible (art. 4.3) .

En el artículo 54 del Texto Refundido se prevé el derecho de audiencia en la preparación, elaboración y adopción de las decisiones y, en su caso, de las normas y estrategias que les conciernen, así como la presencia permanente en los órganos de las administraciones públicas, de carácter participativo y consultivo, cuyas funciones estén directamente relacionadas con materias que tengan incidencia en esferas de interés preferente para personas con discapacidad y sus familias; por último, la obligación de promoción de las asociaciones y demás entidades en que se agrupan éstas, a las que debe brindar apoyo financiero y técnico para el desarrollo de sus actividades. Tal como desarrollo en un apartado relativo a las propuestas de mejora, al final del trabajo, existe un grave riesgo de que quiebre el actual sistema de atención por estas entidades por el grave problema de competencias surgido de las interpretaciones efectuadas por el Tribunal Constitucional; a él me remito.

En el apartado de la accesibilidad, el artículo 28 del TRDPCDYS, regula prescripciones tales como las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación que deberán reunir las oficinas públicas, dispositivos y servicios de atención al ciudadano y aquéllos de participación en los asuntos públicos, incluidos los relativos a la Administración de Justicia y a la participación en la vida política y los procesos electorales (apartado 1); estas medidas serán exigibles en los plazos y términos establecidos reglamentariamente, desarrollo que, por lo reciente de la fecha de su promulgación, todavía no se ha producido. No obstante, estas condiciones previstas en el párrafo anterior serán exigibles para todos los entornos, productos, servicios, disposiciones, criterios o prácticas administrativas, de acuerdo con las condiciones y plazos máximos previstos en la disposición adicional tercera 1: entornos, productos y servicios nuevos- 4 de diciembre de 2008; entornos, productos y servicios

existentes el 4 de diciembre de 2008, y toda disposición, criterio o práctica -4 de diciembre de 2017. Especial curiosidad suscita esta última declaración; independientemente de lo poco acertado de su redacción, fija una fecha para la entrada en vigor de la medida anterior a su promulgación, por lo que podía haber sido sustituida por una declaración con mayor contundencia, como una prohibición. ¿Resulta un problema de técnica legislativa, o de falta de interés político como he expuesto ya en algún que otro apartado?

La aplicación de estas medidas en el ámbito de la Administración Local debía de haberse llevado a cabo en virtud de la modificación que sobre el Texto Refundido de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (BOE 3 abril 1985, núm. 80), ha sido operada en virtud de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (BOE 30 diciembre 2013, núm. 312), en cuyo antepenúltimo párrafo del Preámbulo de la Ley, se formula la declaración de: *“...del mismo modo, la presente Ley quiere contribuir a dar un nuevo impulso a los objetivos y a los mandatos a los que responda la vigente Ley de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de 2003 y, en particular, a la eliminación de barreras y obstáculos que puedan limitar la plena integración, la participación, el acceso a la información y la igualdad de oportunidades de las personas que padecen discapacidad”*. Luego en el texto no se percibe ninguna medida legislativa mediante la que se desarrolle ese propósito. Vuelvo entonces a hacer la misma pregunta que en el párrafo anterior.

En el ámbito de las relaciones con la Administración de Justicia, resulta destacada la nueva regulación dada a la DA 14ª de la LOPJ²³⁹; conforme pone de manifiesto el indicado precepto: *“La accesibilidad para personas con discapacidad y mayores de dependencias y servicios de carácter jurisdiccional constituye un criterio de calidad, que ha de ser garantizado por las autoridades competentes. Las dependencias y servicios judiciales de nueva creación deberán cumplir con las disposiciones normativas vigentes en materia de promoción de la accesibilidad y eliminación de barreras de todo tipo que les sean de aplicación. Las Administraciones y autoridades competentes, en la*

²³⁹ LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 02/07/1985). Añadida por art. Único.127 de Ley Orgánica núm. 19/2003, de 23 de diciembre (BOE 26 diciembre 2003, núm. 309).

esfera de sus respectivas atribuciones, promoverán programas para eliminar las barreras de las dependencias y servicios que por razón de su antigüedad u otros motivos presenten obstáculos para los usuarios con problemas de movilidad o comunicación". No obstante la claridad de estas declaraciones, como recoge el Informe *"Derechos Humanos y Discapacidad. 2013"*, una abogada con discapacidad, denunció durante la campaña electoral del Colegio de Abogados de Madrid que es "casi imposible" ejercer como abogada con alguna discapacidad; como abogada manifestó que las condiciones de accesibilidad de los juzgados solo están garantizadas en los de nueva construcción pero se hace muy complicado deambular por las salas de vistas o por ejemplo por la biblioteca del Colegio de Abogados de Madrid. Las posibilidades de comunicación también presentan importantes obstáculos que ponen en riesgo el acceso a la profesión para personas con discapacidad con respeto a la igualdad de oportunidades. Esta ausencia de accesibilidad repercute igualmente a los justiciables, lo que obstaculiza de forma grave su acceso a la justicia²⁴⁰.

La Disposición Adicional 18ª del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (BOE 16 noviembre 2011, núm. 276) proclama la garantía general de la aplicación de los criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos en el ámbito de la contratación pública. En particular, determina esta Disposición: *"En el ámbito de la contratación pública, la determinación de los medios de comunicación admisibles, el diseño de los elementos instrumentales y la implantación de los trámites procedimentales, deberán realizarse teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, tal y como son definidos estos términos en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad"*. Hoy ha de entenderse formulada esta referencia al TRDPCDYS, en la medida en que la LIONDAU ha sido derogada por el nuevo Texto Refundido, como ya ha quedado indicado anteriormente.

²⁴⁰ CERMI. *"Derechos Humanos y Discapacidad"*. Informe España 2013. Ob. Cit. Pág. 21.

Un aspecto a tener en cuenta, resulta ser el de las relaciones con las Administraciones Públicas de las personas con discapacidad, con sus propios empleadores, en el marco de la función pública. En el texto de la Convención de la ONU, al empleo de personas en el sector público le dedica el artº 27.1.g.), conforme al cual, como manifestación del respeto al principio de igualdad de oportunidades, las Administraciones Públicas deben promover el empleo de personas con discapacidad en el sector público, incluyendo la adopción de ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo (artº 27.1.i). En este ámbito, resulta destacada la decisión de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de fecha 13 de mayo de 2014, en virtud de la cual, en contestación a la solicitud formulada por una persona con ceguera sobre la aptitud para presentarse a los exámenes selectivos para acceder a la Carrera Judicial, ha decidido contestarle en sentido afirmativo, quien, en todo caso, deberá desempeñar sus funciones en puestos compatibles o adaptados a sus capacidades; el órgano de gobierno de los jueces ha acogido así el criterio del vocal Juan Manuel Fernández, recogido en un informe en el que recordaba que el artículo 49 de la Constitución obliga a los poderes públicos a realizar políticas de integración de las personas con discapacidad y a ampararles en el ejercicio de sus derechos y que el artículo 301.8 de la LOPJ dispone que en las convocatorias para el ingreso en la carrera judicial se reservará un cupo no inferior al 5 % de las vacantes para ser cubiertas por personas con discapacidad en grado igual o superior al 33 %. El informe del vocal, quien también es presidente del Foro Justicia y Discapacidad, sostenía que son excepcionales los medios de prueba *“que exijan la utilización del sentido de la vista de un modo insustituible”* y agregaba que en la actualidad existen instrumentos tecnológicos que hacen fácilmente accesible cualquier documento a las personas invidentes. También consideraba que no puede afirmarse que la vista sea un sentido imprescindible en las audiencias a testigos y partes, mientras que las leyes procesales conceden importancia a elementos aprehensibles a través del oído, como la evasión en las respuestas, los titubeos o las vacilaciones. El informe admite que algunas fuentes de prueba sólo son apreciables a través de la vista –como el reconocimiento de un terreno a efectos de deslinde, por ejemplo-, pero estima que ello no es suficiente para denegar de forma tajante a los invidentes

el acceso a la carrera judicial²⁴¹. Esta decisión supone un claro ejemplo de aplicación de la institución de ajustes razonables y permitirá abrir la función judicial a un colectivo de personas tradicionalmente excluido. A mi juicio, el indicado, es un claro supuesto en el que se ha aplicado el enfoque de las capacidades; con los pertinentes ajustes positivos se ha facilitado a una persona con discapacidad el ejercicio de un derecho, habiendo maximizado la valoración de las facultades del aspirante mediante el reconocimiento de la utilización de medios tecnológicos. Lo fundamental en el caso analizado ha resultado el cambio de paradigma; el bien a proteger era un derecho fundamental, la inclusión social del aspirante quien pretendía ejercer su derecho de acceso a la función pública, y el mismo se satisface pese a que el sujeto en concreto no pueda, finalmente, llevar a cabo la integridad de tareas que otros jueces y juezas sin discapacidad realicen. Por el contrario, un ejemplo de malas prácticas es el de la Comunidad de Madrid, a la que una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM) obliga a la Administración autonómica a nombrar un profesor de apoyo a media jornada para una docente de inglés con una discapacidad visual en ambos ojos que le produce una minusvalía del 83%²⁴². Para llegar a esa conclusión, el Tribunal fundamenta e fallo en la Directiva 2000/78/CE del Consejo de Europa, el Real Decreto 2271/2004, que regula el empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad (BOE 17 diciembre 2004, núm. 303), en cuyo artículo 10 prevé la adaptación de los puestos de trabajo; asimismo, sobre la base de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE 13 de abril de 2007, núm. 89), en cuyo artículo 59.2 recoge como medidas las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad, que también recoge el Real Decreto (art. 8 y el 10 citado). Partiendo de las fechas de estas dos últimas disposiciones, que sea una sentencia judicial la que obligue a la Administración Pública a la adopción de una medida básica para

²⁴¹ Nota de prensa disponible en internet en el sitio:

<http://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.0cb0942ae6fbda1c1ef62232dc432ea0/?vgnextoid=a8e2b52b916f5410VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnnextchannel=ea1732cd1ddaa21>. Consulta 13.05.2014.

²⁴² Diario “El Mundo”. 14.05.2015. Sec. Sociedad. Pág. 37

que una persona con discapacidad disfrute plenamente de un derecho fundamental como es el desempeño del empleo público, no deja de resultar un reflejo de la situación que denuncio, ya que se trata de una norma con una antigüedad de más de once años, que resulta inaplicada. Por otro lado, la importancia de este precedente es crucial, ya que acoge la figura de los apoyos personales en el desempeño de la función, como medida de acción positiva, compartiendo la posición que he manifestado al inicio de este Capítulo.

En el marco de las políticas activas de empleo público de las Administraciones Públicas, se recoge una medida que se configura como la realización de medidas de ajuste; son los beneficios que recoge el RD 2271/2004, de 3 de diciembre, antes indicado, pero en relación con el derecho a disfrutar de la alteración del orden de prelación para la elección de las plazas por razones de dependencia personal y dificultades de desplazamiento. Conforme dispone el artículo 9 del indicado RD, bajo el epígrafe de *“adjudicación de puestos de trabajo”*, una vez superado el proceso selectivo, las personas que ingresen en cuerpos o escalas de funcionarios o categorías de personal laboral de la Administración General del Estado y hayan sido admitidos en la convocatoria ordinaria con plazas reservadas para personas con discapacidad podrán solicitar al órgano convocante la alteración del orden de prelación para la elección de las plazas dentro del ámbito territorial que se determine en la convocatoria, por motivos de dependencia personal, dificultades de desplazamiento u otras análogas, que deberán ser debidamente acreditados. El órgano convocante decidirá dicha alteración cuando se encuentre debidamente justificado, y deberá limitarse a realizar la mínima modificación en el orden de prelación necesaria para posibilitar el acceso al puesto de la persona con discapacidad. Teniendo en cuenta las condiciones en las que se ejerce la función pública, y teniendo en cuenta que las adjudicaciones de los puestos de trabajo se efectúan en condiciones de mérito y capacidad, por la vía de la asignación de los puestos de trabajo se puede generar una situación discriminatoria indirecta, en el sentido que he expresado anteriormente. Esta situación es la que, con acierto, trata de paliar el RD de la

Administración del Estado y alguna norma autonómica²⁴³. La puesta en práctica de esta medida sufre en algunos ámbitos muchas dificultades para su aplicación plena. Algunas Administraciones vienen supliendo la salvaguardia de este derecho, que debería figurar en todas las convocatorias de empleo público, por la asignación a los funcionarios afectados de, por ejemplo, comisiones de servicio por razones de salud. Esta medida sería igualmente discriminatoria, porque condena a los funcionarios con discapacidad a puestos de trabajo provisionales y mutables en cada anualidad, sin una asignación de puesto definitivo, generando una clara situación de precariedad, por lo tanto, en su situación funcional, que se traduce en una lesión del artículo 23.2 del texto constitucional. Este precepto exige que el acceso a las funciones y cargos públicos deba producirse en condiciones de igualdad. Asimismo, estas resoluciones implican una tacha sobre la labor de una persona funcionaria con discapacidad por razones de salud, cuando la barrera con la que esta persona se encuentra en la asignación de un puesto son las dificultades de movilidad para acceder al mismo; resultando, en consecuencia, discriminado de forma negativa. Es una cuestión de dignidad y derechos humanos, no de salud. Se trata de un trato discriminatorio por razón de discapacidad que impide a la persona funcionaria adquirir con pleno derecho su incorporación definitiva a la función pública; uno de los derechos estatutarios del funcionario público es, precisamente, la asignación de destino. Este derecho quedaría lesionado.

Precisamente porque puede tratarse de un factor de discriminación con sensibles repercusiones para el empleo de los grupos de personas afectados, tanto el legislador como la normativa internacional (Convenio 159 de la OIT) han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la

²⁴³ El Decreto de la Junta de Andalucía 93/2006, de 9 de mayo (condiciones de asignación de plazas adecuadas a las circunstancias de las personas con discapacidad determinantes para posibilitar la efectiva ocupación del puesto), en su artículo 10. Adjudicación de puestos de trabajo, contiene la declaración siguiente: *“En la adjudicación de destino se garantizará que las condiciones de la asignación de las plazas convocadas resulten adecuadas a las circunstancias de las personas con discapacidad que sean determinantes para posibilitar la efectiva ocupación del puesto”*.

vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas. Se trata, por lo tanto, de medidas de acción positiva. De ahí la estrecha conexión de estas medidas, genéricamente, con el mandato contenido en el art. 9.2 CE, y, específicamente, con su plasmación en el art. 49 CE. Lógicamente, la legitimidad constitucional de medidas de naturaleza equiparadora de situaciones sociales de desventaja, sólo puede ser valorada en el mismo sentido global, acorde con las dimensiones del fenómeno que trata de paliarse, en que se han adoptado, adecuándose a su sentido y finalidad. Por ello, no resulta admisible un argumento que tiende a ignorar la dimensión social del problema y de sus remedios, tachando a éstos de ilegítimos por su impacto desfavorable sobre sujetos individualizados en los que no concurren los factores de discriminación cuyas consecuencias se ha tratado de evitar. Ésta es la razón política por la que estas medidas de inclusión social no llegan a ponerse en práctica.

La implantación de ésta y otras medidas de acción positiva está plenamente justificada. La situación actual del acceso al empleo público por las personas con discapacidad puede ser resumida en las propias declaraciones que formula la Ley 53/2003, de 10 diciembre, de empleo público de discapacitados (BOE 11 diciembre 2003, núm. 296), en cuya Exposición de Motivos declara que, pese a que existe un mandato legal explícito y muy claro en la Ley de la Función Pública (Ley 30/1984, de 2 de agosto -BOE 3 agosto 1984, núm. 185-), *«la realidad es el lamentable incumplimiento del mismo»*. A continuación, sigue exponiendo que *«en los años 2000 y 2001 se estima que el número de personas con discapacidad que llegaron a aprobar en las distintas convocatorias para funcionarios de la Administración General del Estado oscilaban en torno al 0,2 por 100. En suma, las personas con discapacidad se ven sometidas a importantes barreras para acceder al empleo público, obstáculos que no son justificables pues la actividad de los servicios públicos es perfectamente compatible con la capacidad y formación de las personas con discapacidad»*. La fundamentación de este precepto normativo recoge como origen del escaso acceso a la función pública del colectivo de las personas con discapacidad, no la deficiente formación de los opositores a la función pública, sino la existencia de barreras materiales, barreras que han de ser removidas.

Estas barreras no sólo se encuentran en el momento del acceso a la función pública, a la hora de la realización de las pruebas, como monográficamente apunta el informe del Defensor Andaluz *“Informe especial al Parlamento de Andalucía. Discapacitados y acceso al empleo de las Administraciones Públicas”*, de noviembre de 2004²⁴⁴, sino que, por el contrario, han de removerse durante todo el proceso de ejercicio de la función pública. El propio Defensor del Pueblo andaluz, en la presentación de su informe a la Comisión de Discapacidad del Parlamento andaluz, informa que: *“...la realidad muestra que la incidencia de las medidas aprobadas está aún muy lejos de conseguir los objetivos perseguidos, constatándose que el cumplimiento de las previsiones de accesibilidad al empleo público por parte de este grupo ha sido y es más formal que real”*²⁴⁵.

A mi juicio, la razón para la falta de la incorporación plena de las personas con discapacidad se encuentra en una falta de acción transversal en la promoción de su acceso a la función pública. La experiencia obtenida por las cuotas de reserva de empleo resulta claramente insuficiente, si no viene acompañada de otras complementarias. Las barreras con las que se enfrentan las personas con discapacidad se erigen incluso antes del inicio del proceso selectivo para acceder al ejercicio de la función pública. Estoy pensando en un caso concreto muy ilustrativo, consistente en los procesos de valoración de la aptitud de las personas con discapacidad para el acceso a los procesos de selección. El mismo, se lleva a cabo mediante un dictamen técnico que se efectúa aplicando los criterios de aptitud que recogen las convocatorias, en las que se exige a los opositores en general poseer la capacidad funcional para el desempeño de las tareas habituales del cuerpo y especialidad a los que se opta, así como no padecer enfermedad ni tener limitación física o psíquica que sea incompatible con la práctica de la función a desempeñar. Esta declaración se efectúa sin recoger una figura como los “ajustes razonables”, a los que vengo refiriéndome de forma reiterada; esta falta de previsión trae como consecuencia la exclusión de la participación en la convocatoria de numerosos

²⁴⁴ Presentado en el Parlamento de Andalucía el 8-11-2004. Publicado en BOPA nº 111, de 23-12-2004, VII Legislatura.

²⁴⁵ Diario de Sesiones del Parlamento andaluz. Sesión 15/02/2005. Nº 19. Serie B. VII legislatura. 2005. Pág. 267.

opositores y opositoras con discapacidad, produciendo un resultado discriminatorio, ya que, de haberse previsto los ajustes indicados, la valoración de la aptitud de las personas excluidas debería haberse efectuado sobre parámetros distintos. Esta situación ocurre en la práctica. Para el desempeño de la función pública ocupando un puesto de maestro se exige una agudeza visual binocular entre 0.5 y 0.7, tal como figura en la Guía de Valoración Profesional, publicada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. Esta Guía no prevé en la medición la aplicación de ninguna medida de ajuste razonable, como es la valoración con ayudas ópticas individuales, ni ninguna medida específica para personas con discapacidad. Esta prescripción resulta desproporcionada y no se fundamenta en ningún dato objetivo. La Guía, publicada en el año 2009, no se encuentra adaptada a las prescripciones de la Convención de Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad. Los requerimientos que menciona implicarían la imposibilidad para las personas con discapacidad visual grave, de concurrir a las plazas ofertadas para el Cuerpo de Maestros, ya que para, por ejemplo, poder afiliarse a la ONCE hay que disponer en ambos ojos al menos de una de las siguientes condiciones visuales: Agudeza visual igual o inferior a 0,1 (1/10 de la escala de Wecker), obtenida con la mejor corrección óptica posible; campo visual reducido a 10 grados o menos. Por otro lado, ese límite de visión corresponde a la exigencia de agudeza visual mínima que se exige para la conducción de un vehículo automóvil, que puede ser alcanzada con o sin corrección óptica (éste sería también un ajuste razonable). Asimismo, un límite de agudeza visual como el expresado excluye igualmente a las personas con discapacidad visual quienes, con un límite de Agudeza Visual entre 0.125 y 0.3 (en la escala decimal) y un campo visual menor o igual a 30°, figuran en el grupo de la condición visual calificada como “*baja visión*”. La falta de objetividad de un procedimiento de valoración como el indicado resulta contradicha en la práctica, dado que existen maestros y maestras, afiliados a la ONCE y por lo tanto con un grado de visión igual o inferior a 0,1 de agudeza visual en aplicación de los requisitos estatutarios para la afiliación a la ONCE, quienes desempeñan correctamente la función indicada. Urge, por lo tanto, modificar la Guía con el fin de que muchas personas con discapacidad no se vean excluidas de los procesos de selección injustificadamente, generando

situaciones discriminatorias. En algunas oposiciones no existe todavía perfilado los requisitos de capacidad a los que deben enfrentarse las y los opositores con discapacidad; estoy pensando en la función de la judicatura. ¿Cuántos opositores y opositoras habrán culminado su fase de preparación y habrán recibido su declaración de ineptitud en el momento del examen? Resulta evidente que la falta de procedimientos automatizados para formular la valoración de aptitud de las personas con discapacidad erige una barrera que dificulta su inclusión en la función pública, lo que, tradicionalmente, ha generado las escandalosas cifras de infra-empleo a las que he hecho referencia anteriormente. Para que mejore la situación, resulta preciso que se acompañen estos cambios con otras medidas de acción positiva como la alteración de orden en la asignación de destino, a la que he hecho referencia anteriormente. Por todo ello, he mantenido un concepto amplio de ajuste razonable en el apartado que he dedicado a los conceptos previos.

Otro ámbito en el que no se produce la incorporación gradual de personas con discapacidad resulta el empleo universitario. Como recoge DE LORENZO en su informe: “...No es razonable ni sostenible que el único ámbito o subsector del empleo público, sea estatal, autonómico o local, que el único reducto donde las personas con discapacidad no cuentan con una reserva de plazas, sea precisamente la Universidad”²⁴⁶. Como el profesor DE LORENZO apunta, “el actual ratio de inclusión de un 0,4 %, cuando nuestra legislación ha establecido un ratio de un 2 %, significa que la Universidad no ha realizado ni siquiera la cuarta parte del esfuerzo que le corresponde para incluir a las personas con discapacidad”²⁴⁷. Para paliar esta magra incorporación de profesorado universitario con discapacidad, que incide directamente en el acceso de estudiantes con discapacidades al mundo universitario, propone decididamente un conjunto de medidas de acción positiva, entre las que destaco la propuesta de que el mandato del art. 59 del Estatuto Básico del Empleado Público sea aceptado y cumplido por las Universidades, al igual que lo hace el conjunto de todas las administraciones públicas españolas, así como

²⁴⁶ DE LORENZO, R. Ponencia “Reflexiones y propuestas de acción positiva para la inclusión de personas con discapacidad como personal docente e investigador en las universidades españolas”. II CONGRESO INTERNACIONAL DE UNIVERSIDAD Y DISCAPACIDAD. 27-28. 11. 2014. Disponible en internet en dominio <http://ciud.fundaciononce.es/>. Pág. 68.

²⁴⁷ Idem. Pág. 74.

que el conjunto de las empresas españolas están obligadas en virtud de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad que, por cierto, también vincula y obliga a las Universidades como empleadores²⁴⁸.

La accesibilidad de los centros de detención donde cumplen condena personas con discapacidad, ha sido analizado por el TEDH en diversas sentencias. Al respecto, destaco los siguientes pronunciamientos: 1) Sentencia *Price c. Reino Unido*, de 10 de julio de 2001, en la que el Tribunal resolvió que el hecho de mantener encarcelado al demandante, con discapacidad en las cuatro extremidades, en condiciones no adaptadas a su estado de salud era constitutivo de un trato degradante (nº 33394/96). 2) *Vincent c Francia* de 24 de octubre de 2006, en el que el demandante es una persona con paraplejia, que se desplaza en silla de ruedas, conservando una movilidad normal de los miembros superiores y es autónomo; la Sala entiende que el hecho de tener que desplazarse con la ayuda de una tercera persona por algunas estancias, o disponer de una celda adaptada, no reúne el mínimo de gravedad que se exige para entender que haya violación de la Convención (nº 6253/03). 3) *Scoppola c Italia*, de 10 de junio de 2008; persona con paraplejia y de 67 años de edad, que se desplaza en silla de ruedas, que fue trasladado a otro centro en otra localidad de Italia adaptada para personas con discapacidad convictas de delito, respecto de quien la Sala se pronunció declarando que su permanencia en el centro penitenciario no puede sino colocarle en una situación susceptible de generarle sentimientos constantes de angustia, inferioridad y humillación, suficientemente fuertes para constituir un trato inhumano o degradante y que lesiona su dignidad (Nº 50550/06). Dejo este comentario a modo de esbozo; falta en nuestro país un estudio sobre la accesibilidad de los centros penitenciarios y el trato que se brinda a las personas con discapacidad mientras permanecen ingresadas en éstos. Es este otro ámbito en el que, como expongo, la incorporación de este grupo de personas con discapacidad al disfrute de derechos en plenitud no se produce.

²⁴⁸ Idem. Pág. 74.

7.8. Sector del ocio y tiempo libre

El artículo 43.3 de la Constitución española confía a los poderes públicos la labor de fomento de la educación física y el deporte, así como la *“adecuada utilización del ocio”*. De acuerdo con el artículo 7.3 del TRDPCDYS, el nivel de protección debe resultar especialmente intenso respecto de ámbitos tales como: *“...acceso a la cultura, al deporte, al ocio...”*. No obstante, resulta preciso saber cuál es el alcance de este concepto; qué se entiende por ocio.

Por tal se entiende: *“una experiencia humana y un fenómeno social, que participa de una serie de dimensiones que posibilitan el desarrollo de procesos de interiorización y actividad libre y satisfactoria, en el marco de los tiempos y espacios en los que se manifiesta”*²⁴⁹. Son dos, por lo tanto, las manifestaciones en las que se plasma: la vertiente individual y la actividad económica. Desde la primera, se trata de una experiencia individual que contribuye al desarrollo personal del individuo, y que responde a su personal capacidad individual de decisión. Incide directamente en la idea de bienestar personal a la que he hecho referencia anteriormente, y conecta con la felicidad humana. Se trataría, por lo tanto, de un derecho humano fundamental para el desarrollo de una personalidad digna, que favorece el desarrollo de las personas y del que nadie debiera ser privado por razones de discapacidad, género, orientación sexual, edad, raza, religión, creencia, salud, condición económica o cualquier otra circunstancia personal o social²⁵⁰.

Desde el segundo aspecto antes apuntado, configura una actividad económica que tiene un peso importante en la economía de la Nación, que se desarrolla en un ámbito espacial determinado que debe reunir condiciones de accesibilidad suficientes. No hay posibilidad de ocio libre, si el entorno no reúne esa condición de accesibilidad. Como pone de manifiesto la Comunicación de la Comisión de la UE al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones *“Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad”*²⁵¹ de 12 de mayo de 2000, en su apartado 3.2: *“Al*

²⁴⁹ Manifiesto por un Ocio Inclusivo. Congreso Ocio, Inclusión y Discapacidad, celebrado en Bilbao en julio de 2003. Instituto de Estudios de Ocio y la Cátedra ONCE Ocio y Discapacidad de la Universidad de Deusto. Bilbao, julio 2003. Disponible en internet <http://www.cermi.es/es-ES/Biblioteca/Lists/Publicaciones/Attachments/43/ocioinclusivo.pdf>. Pág. 3.

²⁵⁰ Idem. Pág. 3.

²⁵¹ COM/2000/0284. Ob. Cit. Pág. 11.

mismo tiempo, la accesibilidad favorece al sector comercial de los servicios y las instalaciones destinados al público, particularmente en el sector turístico, donde hoteles, centros de vacaciones y sitios de interés accesibles para las personas con discapacidad y las personas de edad avanzada son la única opción para un número considerable y cada vez mayor de clientes”.

Manifestaciones de esta actividad de ocio, y que se nutre de la misma naturaleza y finalidad que éste, son la cultura, el turismo, el deporte y la recreación en el tiempo libre. Las demandas del sector para cada una de ellas, se encuentran representadas por la afirmación siguiente: *“En el ámbito de la cultura, es necesario fomentar la participación de todas las personas: en el acceso al patrimonio, en el disfrute de la actividades y espectáculos de difusión cultural y en los procesos de creación, especialmente. En el ámbito del turismo, se deben garantizar las condiciones de accesibilidad global de las infraestructuras y entornos turísticos e impulsar la posibilidad real para que todas las personas participen en las ofertas de los diversos turismos temáticos. En el ámbito del deporte, es conveniente mejorar las condiciones de accesibilidad plena de las infraestructuras deportivas, como condición necesaria para que todas las personas participen de forma activa (como practicantes) o de forma pasiva (como espectadores). En el ámbito de la recreación, conviene asegurar la accesibilidad en el diseño de espacios, de ordenación del territorio, de planificación urbanística, en la edificación de viviendas, etc. que impiden el uso y disfrute de casas, calles, plazas, parques, áreas recreativas y espacios naturales en el desarrollo de actividades recreativas sociales, domésticas y al aire libre. Asimismo, es necesario profundizar en las potencialidades que el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación tiene para el pleno disfrute del ocio para todas las personas, que deberán constituir espacios virtuales, de comunicación y de relación universalmente accesibles”*²⁵².

Un ejemplo de soluciones tecnológicas surgidas en este área por la colaboración entre entidades prestadoras de servicios sociales y la empresa privada, y que eliminan las barreras existentes es, por ejemplo, el AUDESCMOBILE, desarrollado conjuntamente entre ONCE y Fundación

²⁵² Manifiesto por un Ocio Inclusivo. Ob. Cit. Págs. 7-8.

Vodafone España, de la que ha nacido una solución tecnológica mediante la que se permite el acceso a las personas con ceguera y con deficiencia visual grave a los contenidos audio-descritos de películas en las salas de cine y teatro, mediante entornos de telefonía móvil. La generalización del uso de esta medida tecnológica resulta muy atractiva para fomentar la participación de las personas con discapacidad sensorial en las actividades culturales; un sector especialmente castigado por la crisis económica en el momento actual, cuyo nivel de espectadores se vería incrementado notablemente con personas con esta discapacidad, de incorporar las mejoras tecnológicas que las salas precisan. Un coste muy reducido, en comparación con las expectativas de afluencia de unos espectadores con una cultura de ocio inclusivo muy arraigada.

Todas las actividades relacionadas con el ocio y el tiempo libre de las personas con discapacidad deben gozar de un “*plus*” añadido, en la medida en que las personas beneficiarias forman parte de un grupo en riesgo de exclusión social. Las actividades que indico sirven, pues, como instrumento para favorecer su inclusión. No obstante, sobre estas soluciones técnicas, muchas veces se yerguen determinados límites como los que impone el derecho patrimonial de propiedad intelectual, y los que pudieran surgir del ejercicio de los derechos de autor. Afortunadamente, se ha introducido una modificación del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (BOE 22 abril 1996, núm. 97), cuyo artículo 31 bis, apartado 2, permite la realización, sin autorización del titular de derechos de propiedad intelectual de “*actos de reproducción, distribución y comunicación pública de obras ya divulgadas*”, siempre que se den las siguientes condiciones: 1) que se realicen en beneficio de personas con discapacidad; 2) que los mismos carezcan de finalidad lucrativa; 3) que guarden una relación directa con la discapacidad de que se trate; 4) que se lleven a cabo mediante un procedimiento o medio adaptado a la discapacidad; 5) se limiten a lo que ésta (discapacidad) exige. Esta redacción permite acoger las conductas de audio-descripción y préstamo de las obras audio-descritas en los actos que describe el indicado precepto, así como los actos de transformación necesarios a los efectos de llevar a cabo la audio-descripción de las obras audiovisuales correspondientes. Éste es un claro ejemplo en el

que se ha ponderado el ejercicio ilimitado de un derecho privado, en función de un derecho de superior rango como es el de las personas con discapacidad a disfrutar de obras accesibles, que faciliten su acceso a la cultura. Lamentablemente, insisto, no hay excusa para que no se aplique la misma regla de ponderación en relación con otros principios como el de libertad de empresa, llegando a exigir el respeto del principio de igualdad y no discriminación, incluso a operadores privados.

En el ámbito deportivo, son varios los valores que PALOMAR²⁵³ apunta en relación con la actividad del deporte de las personas con discapacidad: 1) sociabilidad, que permite la interconexión entre las personas que conforman el grupo social; 2) superación y autoestima, que conecta con la capacidad de superación, de apreciación personal y mejora de la autoestima; 3) integración social, a través de la configuración de un esquema de participación en la configuración de una sociedad que responde a factores positivos; 4) aceptación y reconocimiento social. No obstante destacar todos esos atributos, el interés por el cumplimiento de medidas de fomento efectivas brilla por su ausencia. La razón a esta situación puede obedecer a un fenómeno que, como apunta el profesor PALOMAR en tiempos de escasez presupuestaria y de tendencias económicas no expansivas en el ámbito público la capacidad de impulsar los dos subsistemas a la vez (se refiere al competitivo y al público general) se presenta ciertamente compleja, lo que se traduce en que se opte por alimentar únicamente un subsistema y entender que, de entre los posibles, el que debía ser objeto de especial cuidado es aquél que conecta directamente con el movimiento deportivo y con la conformación tradicional del deporte²⁵⁴. Ante esta situación, el deporte de las personas con discapacidad pasa a sufrir una doble discriminación, en la medida en que a la preferencia por el subsistema de competición de personas sin discapacidad se une una segunda: dentro de este subsistema, el deporte de competición de las personas con discapacidad, cuenta con interés relativo para los poderes públicos en lo relativo a la atribución de recursos financieros. La larga tramitación de la reforma de la Ley del Deporte puede deparar sorpresas con la integración de las especialidades

²⁵³ PALOMAR OLMEDA, A. “El deporte de los discapacitados” en DE LORENZO, R. y PÉREZ BUENO, L.C. (directores). “Tratado sobre discapacidad”. Ob. Cit. Págs. 1295-1296.

²⁵⁴ Idem. Pág. 1295.

deportivas de personas con discapacidad en las federaciones de especialidades sin discapacidad. Este proceso, que ya se ha iniciado con el ciclismo, resultaría un éxito del deporte de las personas con discapacidad, por su efecto inclusivo, pero una pérdida por la falta de recursos que el mismo pueda generar. Para ello, voy a tomar como ejemplo el calendario de una especialidad deportiva como es la del ciclismo adaptado para las personas con ceguera y deficiencia visual grave. Si se analiza el calendario deportivo del año 2010, último en el que el ciclismo adaptado se encontraba integrado en la Federación Española de Deportes para Ciegos (FEDC), resulta que el número de actividades llevadas a cabo en el mismo ha sido de 12; por el contrario, cuatro años después, el número de convocatorias para los y las ciclistas que practican ciclismo adaptado (integrado por todo tipo de discapacidad) en un año deportivo con la preparación para los Juegos Olímpicos de Río de Janeiro (Brasil) es de 10²⁵⁵. Es cierto que la integración es positiva en determinados aspectos como la imagen pública, la mejora en la organización de los eventos deportivos, o la cualificación de los y las deportistas. No obstante, estos beneficios no despejan las dudas que me surgen sobre el futuro de estas especialidades deportivas. La situación no va a mejorar con la llegada de la licencia deportiva única, implantada por la Ley núm. 15/2014, de 16 de septiembre (Ley de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa -BOE 17 octubre 1990, núm. 249), en cuyo artículo 23, se modifica a partir del 1 de julio de 2015, el artículo 32 ap. 4, de la Ley del Deporte (Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte -BOE 17 octubre 1990, núm. 249).

Son varios los cauces a través de los cuales se articula la promoción del deporte de competición paralímpico: el Comité Paralímpico Español, y las federaciones deportivas paralímpicas; ambas comparten la naturaleza de ser entidades de naturaleza privada²⁵⁶. El primero fue constituido el 6 de septiembre de 1995, si bien el reconocimiento legal no le llegó sino en virtud de la modificación operada en el ap. 6 del artículo 48 de la Ley 10/1990, según

²⁵⁵ Consulta en el dominio <http://rfec.com/pcalendario>. 29.05.2014.

²⁵⁶ “Asociación privada de configuración legal indisponible a la que se dota de un régimen específico de su función por razón del interés público de la función que realiza”, según la define PALOMAR OLMEDA, A. “El deporte de los discapacitados” en VVAA. “Tratado sobre discapacidad”. Ob. Ci. Pág. 1303.

redacción dada por el art. 109.9 de Ley núm. 50/1998, de 30 de diciembre (BOE 31 diciembre 1998, núm. 313). El proceso de construcción del deporte paralímpico ha sido, pues, lento. Uno de los instrumentos que se ha implantado con el fin de promover el deporte paralímpico es el Plan ADO Paralímpico, que surgió en 2005, diez años después de la propia constitución del CPE. A través del Plan ADOP, financiado con aportaciones públicas y de patrocinadores privados, reciben ayudas 390 deportistas y 135 entrenadores, técnicos y personal de apoyo, se ha creado un servicio médico especializado para estos deportistas y se han financiado becas y ayudas para la asistencia a competiciones internacionales y concentraciones, los gastos de los deportistas integrados en Centros de Alto Rendimiento, ayudas para el personal de apoyo de deportistas con grandes discapacidades, además del material deportivo adaptado²⁵⁷.

Aparentemente, el mundo deportivo de las personas con discapacidad ha quedado institucionalizado en condiciones de igualdad con respecto a las federaciones de deportes para personas sin discapacidad y el Comité Olímpico Español. No obstante, subsisten muchos problemas en la vida interna federativa para que las personas con discapacidad puedan desarrollar sin trabas una actividad deportiva; siguen existiendo especialidades que no han superado el filtro federativo, por lo que los deportistas sufren una especie de indefinición, pues su actividad deportiva de competición resulta admitida en unas pruebas y no en otras. El mundo deportivo federativo sufre en numerosas ocasiones una flagrante incomprensión de la actividad que desarrollan estos deportistas, refugiándose el personal técnico muchas veces en una inflexibilidad que no corresponde con el esfuerzo, motivación y capacidad de sacrificio que aquéllos demuestran. Un ejemplo de ello son las especialidades de ciclismo de montaña, como el descenso en tándem, que no es reconocido como deporte de competición por la UCI, ni por la federación española, de manera incomprensible.

²⁵⁷ Datos extraídos de la web del MSSSI. Disponible en <http://www.msssi.gob.es/ssi/discapacidad/informacion/planAdop.htm>. Consulta 28.04.014.

7.9. Servicios públicos

Alguno de los análisis sectoriales que recojo en este capítulo queda también encuadrado en el campo de los servicios públicos, y al apartado respectivo me remito en cuanto al análisis de las dificultades específicas que se generan a las personas con discapacidad. No obstante, la utilidad que me planteo con este apartado es destacar todas aquellas características generales que, desde el tema que es objeto de mi análisis, representa esta actividad económica.

Teniendo en cuenta los matices que concurren en la acción de las Administraciones Públicas y en la forma que intervienen en el mercado, podría parecer que ha sido éste un campo abonado para los derechos de las personas con discapacidad, pero no ha sido así. Pese a actuar los entes públicos dotados de toda la autoridad que la Ley les confiere, la conciencia sobre la necesidad de respeto de los derechos de este grupo sólo se ha empezado a atisbar en fechas recientes. Sobre la base de la idea hegeliana de que no hay límites externos a los que el Estado deba someterse, sino que los límites que se impone son fruto de una autolimitación, la voluntad del Estado se ha encontrado huérfana de una auténtica sensibilidad hacia los problemas de este grupo social, pues, como indicaré a continuación, no existe una conciencia de la justiciabilidad de estos derechos en este ámbito económico.

La definición de servicio público supone la exclusión de la iniciativa privada en su desarrollo. Este elemento figura recogido en el artículo 8.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobada por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (BOE 16 noviembre 2011, núm. 276), conforme al cual el contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante. Por ello, un servicio público debe funcionar de forma continua y regular, es necesario que se adapte a las necesidades de la ciudadanía y tiene

que ser prestado bajo la óptica del principio de igualdad. Así, lo “público” implica que nadie debe quedar excluido de su acceso. Este aspecto es crucial, ya que la gestión del servicio debe subordinar la rentabilidad al interés público en prestaciones tan importantes para tener una vida digna como la formación, la educación, la protección sanitaria y social, los transportes, el agua. Por lo tanto, resulta fundamental para fomentar la cohesión social, económica y territorial.

La gestión de los servicios públicos resulta una materia que entra en el ámbito del sistema de contratación del Sector Público, el cual es regido por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, indicado, en el que expresamente se contempla el contrato de gestión de servicios públicos. Tal como reza el párrafo tercero de su Preámbulo, el motivo de promulgar un Texto Refundido en un plazo tan breve de vigencia de la Ley anterior²⁵⁸, fue la integración en un texto único de todas las modificaciones introducidas a la Ley 30/2007, a través de diversas Leyes modificatorias de la misma. Entre ellas se encuentra la Ley 26/2011, de 1 de agosto (BOE 2 agosto 2011, núm. 184), de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En concreto, en virtud de su artículo 18 se modificaba el artículo 70 bis de la Ley 30/2007, al que se otorga la redacción siguiente: *“Los órganos de contratación ponderarán, en los supuestos en que ello sea obligatorio, que los licitadores cumplan lo dispuesto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, relativo a la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes. A tal efecto y, en su caso, los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán incorporar en la cláusula relativa a la documentación a aportar por los licitadores, la exigencia de que se aporte un certificado de la empresa en que conste tanto el número global de trabajadores de plantilla como el número particular de trabajadores con discapacidad en la misma o, en el caso de haberse optado por el cumplimiento de las medidas alternativas legalmente previstas, una copia de la declaración de excepcionalidad y una declaración del licitador con las concretas medidas a*

²⁵⁸ La Ley derogada es la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (BOE 31 octubre 2007, núm. 261).

tal efecto aplicadas”. Éste resulta un claro ejemplo de lo que vengo exponiendo en el trabajo; se utilizan términos como “ponderarán”, “podrán”. Este planteamiento se aplica en otros preceptos de la Ley, como indicaré a continuación. La timidez con la que se redacta un artículo que se supone que debía preservar los derechos de este grupo social, a raíz de la ratificación de la Convención de Naciones Unidas, es el reflejo de lo acontecido en más de treinta años de legislación especial en beneficio de las personas con discapacidad; la propia Administración Pública no aplica el marco normativo que ella misma aprueba. No creo que los principios y derechos contenidos en la Convención se hubiesen enunciado con carácter facultativo, por lo que tampoco este artículo podría quedar redactado con ese sentido. Las medidas alternativas son eso, alternativas, cuando hay razones imperiosas que impiden, por ejemplo, el cumplimiento de una medida como la reserva de empleo en beneficio de las personas con discapacidad. La Administración no puede formalizar un incumplimiento de una obligación legal; máxime cuando se trata de un sector regulado en el que se proyecta el “*imperium*” del poder público. Para la imposibilidad de llevar a cabo las medidas que enuncia ya existen criterios como el concepto “*carga desproporcionada*” en relación con los ajustes razonables, analizados anteriormente, o las medidas alternativas que pueden ser puestas en marcha. No obstante, a mi juicio sí resulta correcta la inclusión en el artículo 60 del Texto Refundido de una prohibición de contratar con el sector público respecto de quienes (apartado c) hayan sido sancionados con carácter firme por infracción grave en materia de “... *integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad*...”. No obstante, esta declaración queda reducida a determinados supuestos de conductas discriminatorias directas sobre personas con discapacidad, según el tipo de redacción de las normas que regulan las medidas de fomento de la contratación de estas personas.

El concepto de servicio público figura ligado con el de bien común o interés general; todos ellos han ido evolucionando a lo largo del tiempo. El aspecto de patrimonialización pública que subyacía en el Texto Articulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril (BOE 23 abril 1965, núm. 97) ha transmutado a los dos anteriores, de

tal manera que mediante ellos se garantiza un, a modo de, “*equilibrio social*”, lo que impide que se confíe al sector privado su gestión, bajo un principio de libre mercado. En el concepto de servicio público se encuentran determinados bienes básicos de consumo como la energía o el servicio de agua potable, que se configuran como derechos universales. En este sector económico se utilizan fórmulas de gestión que pasan por la gestión directa de servicios públicos de carácter social o por la indirecta a través de entidades privadas, ya sea bajo la fórmula de la concesión o cooperación, las cuales fueron analizadas desde la óptica constitucional, siendo admitidas por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 37/1994, de 10 de febrero, afirmando que el derecho que los ciudadanos y ciudadanas ostentan en materia de seguridad social (art. 41 CE) es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél (STC 65/1987, fundamento jurídico 17, entre otras) (FJ 3º). El carácter público del sistema no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión privada siempre que su peso sea relativo (FJ 4º). En su FJ 3º, declara: *“la Constitución ha recogido y consagrado en su art. 41 la evolución que han experimentado los sistemas contemporáneos de Seguridad Social, de tal suerte que la protección de los ciudadanos ante situaciones de necesidad se concibe como «una función del Estado», rompiéndose en buena parte la correspondencia prestación-cotización propia del seguro privado, superada por la dinámica de la función protectora de titularidad estatal; el art. 41 CE impone a los poderes públicos la obligación de establecer -o mantener- un sistema protector que se corresponda con las características técnicas de los mecanismos de cobertura propios de un sistema de Seguridad Social. En otros términos, el referido precepto consagra en forma de garantía institucional un régimen público «cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo ... un núcleo o reducto indisponible por el legislador» [STC 32/1981, fundamento jurídico 3.º], de tal suerte que ha de ser preservado «en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» [SSTC 26/1987, fundamento jurídico 4.º, y 76/1988, fundamento jurídico 4.º]”*. Obviamente, esta afirmación es totalmente predicable

del Sistema Nacional de Salud, pues los artículos 41 y 43 CE, de construcción jurídica similar, mandan a los poderes públicos mantener sistemas públicos de seguridad social y de asistencia sanitaria, pero dejando al legislador la elección de las formas de gestión.

En la disposición adicional cuarta, apartado 4 del Texto Refundido, se otorga preferencia a la colaboración privada social, esto es, la no lucrativa, sobre la mercantil lucrativa, siempre que sus proposiciones iguallen a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirven de base a la adjudicación. En el momento actual, se empieza a ver un desplazamiento del interés público hacia la selección de empresas mercantiles para la gestión de las labores asistenciales, frente a la tradicional intervención de las entidades sin ánimo de lucro; lo que tiene un claro reflejo en las condiciones de licitación que se publican en los Diarios oficiales. Aparte de una grave infracción del precepto indicado, decisiones de esta naturaleza conllevan una insolidaridad social flagrante, que puede poner en peligro al Tercer Sector. La técnica de gestión que encierra el servicio público no sólo no es incompatible con los derechos fundamentales, sino que debe servir para el aseguramiento institucional de estos derechos; esto es, para lograr un grado o nivel de realización práctica de los derechos fundamentales superior al que podría obtenerse confiando en la dinámica del mercado. Ciertamente es, sin embargo, que cuando un servicio público tiene conexión relevante con un derecho fundamental, las exigencias de éste se deben convertir en máximas de organización del servicio. Es verdad que los sectores en los que interviene tienen relevancia pública, en cuanto que responden a fines de interés general, pero no dejan de ser una actividad económica que, de no ser prestada por la Administración Pública, se debería organizar empresarialmente. La restricción de la oferta que conlleva la gestión pública y el sometimiento de los procesos de selección al derecho público, debe traducirse en un nivel de exigencia superior. Obligaciones de este tipo, como la selección preferente de entidades del Tercer Sector, deberían incorporarse a los pliegos de condiciones mediante los que las Administraciones Públicas contratan la gestión de los servicios indicados. Otras medidas de fomento y protección de los derechos de las personas con discapacidad que se contiene en la Ley, son las siguientes:

prohibición de contratación con el Sector público respecto de aquellos contratistas en los que concurra la circunstancia de haber sido sancionados con carácter firme por infracción grave en materia de “... *igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad*...”. (artículo 60.1.c); definición de las prescripciones técnicas, en la medida de lo posible, teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos (art. 117.1); reserva de contratación en los procedimientos de adjudicación de contratos a Centros Especiales de Empleo, o reserva de su ejecución, en el marco de programas de empleo protegido, cuando al menos el 70 por 100 de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales, debiendo ser así previsto en el anuncio de licitación con referencia a esta disposición (DA 5ª).

Desde la Convención, como mínimo, pero también desde mucho antes con la promulgación de la LIONDAU la redacción del artículo 117.1 que acabo de reproducir, no puede tener cabida. La norma general será siempre el cumplimiento de las condiciones de accesibilidad, y su incumplimiento será discriminatorio salvo que no quepa la aplicación de ajustes razonables, o la aplicación de los mismos resulte una carga excesiva; por ello, la redacción timorata de este precepto supone un incumplimiento flagrante de los mandatos del ordenamiento jurídico. El principio general debe ser redactado en sentido positivo, para que luego puedan preverse las excepciones que procedan.

No obstante, la situación real no responde a estas directrices y, como indico en un apartado de este capítulo, en el caso de un servicio público esencial de titularidad estatal, como es la Televisión, el panorama que presenta el cumplimiento de estos aspectos resulta de un incumplimiento flagrante. En el ámbito europeo, los servicios públicos tienen la denominación de servicios de interés general, y abarcan una amplia gama de actividades, que va desde las grandes industrias de red como la energía, las telecomunicaciones, el transporte, la retransmisión audiovisual y los servicios postales, a la educación, el suministro de agua, la gestión de los residuos, la salud y los servicios sociales. Estos servicios son esenciales para la vida cotidiana de los ciudadanos y las empresas, y reflejan el modelo de sociedad europeo.

Desempeñan un papel importante en cuanto al aseguramiento de la cohesión social, económica y territorial de toda la Unión y son vitales para el desarrollo sostenible en términos de mayores niveles de empleo, inclusión social, crecimiento económico y calidad medioambiental. Dentro de éstos, figuran los servicios sociales de interés general, donde ocupa un papel destacado la asistencia a las personas con discapacidad. El acceso a los servicios de interés económico general se reconoce como derecho en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, motivo por el que existe un acuerdo alcanzado por los Jefes de Estado y de Gobierno respecto de un Protocolo sobre los servicios de interés general, que se adjunta al Tratado de Lisboa²⁵⁹.

Un apartado esencial de la relación de los administrados y administradas con discapacidad, resulta la comunicación y la realización de gestiones con las Administraciones Públicas en sede electrónica. Para ello, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (BOE 23 junio 2007, núm. 150), crea el concepto de “sede electrónica”. En su Exposición de Motivos (apartado I, párrafo 7º), justifica el texto normativo sobre la afirmación siguiente: “...las nuevas tecnologías de la información facilitan, sobre todo, el acceso a los servicios públicos a aquellas personas que antes tenían grandes dificultades para llegar a las oficinas públicas, por motivos de localización geográfica, de condiciones físicas de movilidad u otros condicionantes, y que ahora se pueden superar por el empleo de las nuevas tecnologías. Se da así un paso trascendental para facilitar, en igualdad de condiciones, la plena integración de estas personas en la vida pública, social, laboral y cultural”. La sede administrativa electrónica se configura de esta manera como el elemento con el que “se establecen las relaciones, promoviendo un régimen de identificación, autenticación, contenido mínimo, protección jurídica, accesibilidad, disponibilidad y responsabilidad” (apartado III, párrafo 5º). La accesibilidad de los sistemas viene prescrita en el artículo 4.c, declarando garantizar “especialmente la accesibilidad universal y el diseño para todos de los soportes, canales y entornos con objeto de que todas las personas puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones, incorporando las características necesarias para garantizar la accesibilidad de aquellos

²⁵⁹ COM (2007) 725 final. 20.11.2007. Pág. 3.

colectivos que lo requieran". Esta obligación fue declarada de obligado desarrollo reglamentario, en virtud de la Disposición Final séptima de la Ley, con el compromiso de que: *"el Gobierno desarrollará reglamentariamente lo previsto en el artículo 4.c) de la presente Ley para garantizar que todos los ciudadanos, con especial atención a las personas con algún tipo de discapacidad y mayores, que se relacionan con la Administración General del Estado puedan acceder a los servicios electrónicos en igualdad de condiciones con independencia de sus circunstancias personales, medios o conocimientos"*. Resulta destacado que el mismo se efectúe sin la fijación de un plazo. Este desarrollo específico no se ha producido.

7.10. Sociedad de la información

La importancia del sector económico que voy a analizar a continuación resulta claro. De acuerdo con el artículo 7.3 del TRDPCDYS, el nivel de protección debe resultar especialmente intenso respecto de un ámbito como: *"...comunicación, información..."*; así como las telecomunicaciones y la sociedad de la información como uno en el que se protege de forma especial el principio de igualdad de oportunidades (5.a). El principio inclusivo en la sociedad de la información guarda, a juicio del legislador español, una relación directa con la inclusión social y el principio de igualdad material.

Por sociedad de la información, la Ley 34/2002, de 11 de julio (BOE 12 julio 2002, núm. 166), de Servicios de la Sociedad de la Información, conforme al párrafo primero del apartado II de su Preámbulo, toma un concepto que engloba, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio (como el que efectúan los periódicos o revistas que pueden encontrarse en la red), las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la red, a la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, a la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, al alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet, así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios (descarga de archivos de vídeo o audio...), siempre que represente una actividad económica para el prestador; son los servicios ofrecidos por los

operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet, los portales, los motores de búsqueda o cualquier otro sujeto que disponga de un sitio en Internet a través del que realice alguna de las actividades indicadas, incluido el comercio electrónico.

Los retos que se plantea en este sector, en relación con las personas con discapacidad guardan relación con la accesibilidad. El campo de la comunicación y la información, sea a través del lenguaje oral, escrito, o a través de medios de comunicación, constituye un aspecto esencial para la vida social, política, cultural o económica de las personas²⁶⁰. Las cifras relativas a las operaciones de comercio en internet resultan muy ilustrativas: el acceso a internet en la Europa de los 28 se encuentra ampliamente extendido y las personas utilizan internet para un amplio abanico de actividades, entre otras, solicitar bienes y servicios. En la Europa de los 28, en el año 2012, el 75% de los individuos de una edad comprendida entre los 16 y 74 años, han usado internet en los 12 meses anteriores, y casi el 60% de esos usuarios, han comprado online²⁶¹. Estas cifras arrojan una idea concluyente sobre cuál es el ámbito en el que nos movemos, y del que puede resultar automáticamente excluido el colectivo de personas con discapacidad sensorial, que no pueden acceder a un medio tradicionalmente no accesible. De hecho, hay autores que denuncian la posible creación de un universo dual, en el cual unas personas multipliquen sus capacidades mientras otras encuentran en las nuevas tecnologías novedosas barreras para participar plenamente en la vida social y económica, creándose una auténtica brecha digital, que no es sino una manifestación de una brecha ciudadana de aún mayores consecuencias²⁶².

Clara muestra de lo que acontece en este sector es la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (BOE 1 abril 2010, núm. 79). En el párrafo 12 del Preámbulo, especifica los derechos de las personas con discapacidad como merecedoras, junto con los menores, de *“a juicio del legislador y de las instituciones europeas una protección especial”*. Éste es un

²⁶⁰ DE ASÍS ROIG, R; AIELLO, A.L.; BARIFFI, F; CAMPOY, I; PALACIOS, A. *“Sobre la accesibilidad universal en el Derecho”*. Ob. Cit. Pág. 124.

²⁶¹ Eurostat newsrelease, nº 147/2013, de 15 de octubre de 2013.

²⁶² En este sentido, MORÁN CRIADO, J.M. *“Tecnologías, conocimiento y accesibilidad. El derecho de acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías y al conocimiento colectivo”* en PÉREZ BUENO, L.C. (director). *“Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo”*. Ob. Cit. Pág. 791.

claro ejemplo de una actividad económica en la que los intereses económicos creados limitan el acceso a la plenitud de derechos de ciertos colectivos. Resulta paradójico cómo, por ejemplo, la protección de los menores, se resuelva en la Ley con la aplicación de sanciones económicas, cuando se trata del disfrute de derechos fundamentales y de un colectivo merecedor de un trato diferenciado; en multitud de ocasiones, las sanciones pecuniarias no tienen un efecto disuasorio suficiente. Esta situación ha generado un permanente incumplimiento por los operadores de la obligación de reserva de horario para determinados contenidos. En su artículo 4.2, la ley prescribe que la comunicación audiovisual nunca podrá incitar al odio o a la discriminación por razón de género o cualquier circunstancia personal o social y debe ser respetuosa con la dignidad humana y los valores constitucionales.... No obstante, el día a día nos deja un reflejo de la situación real; lentos procedimientos administrativos imponen al final del mismo unas sanciones que no compensan el perjuicio que se genera a determinados colectivos; impera la ley del mercado. Si no son los propios operadores públicos los que son denunciados por proyectar una imagen de la discapacidad que se asocia con la caridad y la beneficencia, cuando solo se puede abordar desde un exigente enfoque de derechos humanos; máxime cuando se trata de casos de niños y niñas con discapacidad en situación de necesidad, en los que no se respeta la legislación vigente que protege reforzadamente la privacidad y el derecho a la intimidad y a la propia imagen de estos niños, tanto por su minoría de edad como por presentar una discapacidad²⁶³.

Los problemas no se reducen únicamente a la proyección de una imagen digna, sino el propio acceso a los contenidos. En el caso de las personas con discapacidad, la especial regulación de los derechos de este grupo de acceder a la sociedad de la información se remonta a la Ley 10/2005, de 14 de junio, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Televisión Digital Terrestre, de Liberalización de la Televisión por Cable y de Fomento del Pluralismo (BOE 15 junio 2005, núm. 142), cuya disposición adicional segunda recogía el principio general de accesibilidad del medio, conforme a la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación

²⁶³ CERMI. “*Derechos Humanos y Discapacidad*”. Informe España 2013. Ob. Cit. Pág. 14.

y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, con la declaración lacónica de: “...las Administraciones competentes, previa audiencia a los representantes de los sectores afectados e interesados, adoptarán las medidas necesarias para garantizar desde el inicio la accesibilidad de las personas con discapacidad a los servicios de televisión digital terrestre. Para conseguir este fin, las medidas que se adopten se atenderán a los principios de accesibilidad universal y diseño para todas las personas”. Precepto que, en virtud de la aplicación de la disposición derogatoria, apartado 15 de la Ley, sigue en vigor. Resulta un caso curioso de cómo el ejercicio de un derecho fundamental, que se debe disfrutar en el marco de una actividad regulada y sujeta, por lo tanto, a una licencia regida por el Derecho Administrativo, deja su puesta en ejecución en manos de los operadores privados. Quizás por ello, este sector resulte uno de los menos avanzados en el disfrute de sus derechos por el grupo de personas con discapacidad.

Dos son las cuestiones fundamentales que pretendo destacar: la accesibilidad en el medio audiovisual y la accesibilidad en el entorno de internet. Respecto del primer punto, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, antes citada, prescribe en su artículo 6.3 que las informaciones contenidas en páginas de Internet, guías electrónicas de programas y otros medios de comunicación de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual que sirvan para hacer efectivo el derecho a la transparencia regulado en este artículo, deberán ser accesibles a las personas con discapacidad, con el fin de extender a este colectivo la obligación de transparencia de los medios contenida en el artículo; en el mismo sentido, en el apartado 6 del mismo artículo. El apartado de los derechos figura contenido en el artículo 8, otorgando derechos específicos a determinados colectivos, tales como las personas con discapacidad visual o auditiva que tienen el derecho a una accesibilidad universal a la comunicación audiovisual,...”*de acuerdo con las posibilidades tecnológicas*” (apartado 1); las personas con discapacidad auditiva que tienen el derecho a que la comunicación audiovisual televisiva, en abierto y cobertura estatal o autonómica, sea subtitulada en el 75% de los programas y cuente al menos con dos horas a la semana de interpretación con lengua de signos (apartado 2); las personas con discapacidad visual tienen el derecho a que la comunicación audiovisual televisiva, en abierto y cobertura

estatal o autonómica, cuente al menos con dos horas audio-descritas a la semana (apartado 3). La obligación de fomento del disfrute pleno del derecho se confía tanto a los poderes públicos, como a los prestadores del servicio, así como el uso de buenas prácticas que evite cualquier discriminación o repercusión negativa hacia dichas personas (apartado 4); debiendo los prestadores del servicio de comunicación audiovisual procurar, como literalmente recoge el precepto: *“ofrecer en sus emisiones una imagen ajustada, normalizada, respetuosa e inclusiva de las personas con discapacidad, en tanto que manifestación enriquecedora de la diversidad humana, evitando difundir percepciones estereotipadas, sesgadas o producto de los prejuicios sociales que pudieran subsistir; de igual modo, procurarán que su aparición en la programación sea proporcional al peso y a la participación de estas personas en el conjunto de la sociedad”* (apartado 5). De acuerdo con su disposición transitoria quinta, esas obligaciones se concretan en unos porcentajes de programación subtitulada para personas con sordera y un número de horas semanales de audio-descripción y emisión en lengua de signos que se deben alcanzar de manera gradual a través de una serie de etapas que finalizan el 31 de diciembre del año 2013. Los servicios de accesibilidad de las personas con discapacidad en la programación de los canales a que se refiere el artículo 8 deberán haber alcanzado a 31 de diciembre de cada año los siguientes porcentajes y valores:

	2010	2011	2012	2013
Sub-titulación	25%	45%	65%	75%
Horas lengua signos	0,5	1	1,5	2
Horas audio-descripción	0,5	1	1,5	2

Asimismo, los servicios de accesibilidad de las personas con discapacidad en la programación de los canales de servicio público deberán haber alcanzado a 31 de diciembre de cada año los siguientes porcentajes y valores:

	2010	2011	2012	2013
--	------	------	------	------

Sub-titulación	25%	50%	70%	90%
Horas lengua signos	1	3	7	10
Horas audio-descripción	1	3	7	10

No obstante el calendario anterior que acaba de finalizar, los propios operadores del servicio sólo han podido calificar de “razonable” el cumplimiento de la Ley, al cabo de tres años de su entrada en vigor, tal como se recoge en las conclusiones de la jornada “*Accesibilidad Audiovisual: balance de tres años de la Ley 7/2010 General de la Comunicación Audiovisual*”, organizada por CERMI, la ONCE y su Fundación y la Universidad Carlos III de Madrid, celebrada el 9 de julio de 2013; si bien son más de dos terceras partes de cadenas de televisión que cumplen la normativa, pero hay cadenas de máxima audiencia que la incumplen sistemáticamente²⁶⁴. Yo afirmarí, pues, que el incumplimiento resulta flagrante en todos los aspectos de la Ley, dado que, por ejemplo, la presencia de personas con discapacidad en los medios de comunicación sigue siendo un terreno baldío, como he destacado hasta este momento.

Respecto del segundo punto, la accesibilidad en el entorno de internet, la derogada LIONDAU preveía en su disposición final séptima una encomienda al Gobierno para que, en un plazo de dos años desde su entrada en vigor, se fijaran unas condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y de cualquier medio de comunicación social. En el mismo sentido, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico antes citada, en su disposición adicional quinta, obliga a las administraciones públicas a adoptar las medidas necesarias para que la información disponible en sus respectivas páginas de internet pueda ser accesible a personas mayores y con discapacidad de acuerdo con los criterios de accesibilidad generalmente reconocidos antes del 31 de diciembre de 2005. La disposición establece, asimismo, que las administraciones públicas deben promover la adopción de normas de

²⁶⁴ Agencia de noticias Servimedia. 09.07.2013. Consulta en <http://www.servimedia.es/Noticias/DetalleNoticia.aspx?seccion=23&id=304755>. 22.03.2015.

accesibilidad por parte de los prestadores de servicios y los fabricantes de equipos y de programas de ordenador, para facilitar el acceso de las personas mayores o con discapacidad a los contenidos digitales, facilitando información al usuario sobre el nivel de accesibilidad. La obligación de accesibilidad de las páginas de internet se fijaba en el momento inicial de 31 de diciembre de 2008, debiendo garantizar el nivel medio de los criterios de accesibilidad al contenido generalmente reconocidos. Prescribe el mismo precepto que las Administraciones Públicas deben exigir que, tanto las páginas de Internet cuyo diseño o mantenimiento financien total o parcialmente como las páginas de Internet de entidades y empresas que se encarguen de gestionar servicios públicos, apliquen los criterios de accesibilidad antes mencionados; con especial hincapié en las páginas de Internet y sus contenidos de los Centros públicos educativos, de formación y universitarios, así como, de los Centros privados que obtengan financiación pública. No obstante, la literalidad del precepto, incomprensiblemente, prescribe esas obligaciones exclusivamente en relación con las Administraciones públicas. Tal como reza el apartado IV de su Exposición de Motivos: *“...se contempla en la Ley una serie de previsiones orientadas a hacer efectiva la accesibilidad de las personas con discapacidad a la información proporcionada por medios electrónicos, y muy especialmente a la información suministrada por las Administraciones públicas, compromiso al que se refiere la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 25 de marzo de 2002, sobre accesibilidad de los sitios web públicos y de su contenido”*.

Casi cuatro años después, mediante el Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social (BOE nº 279, de 21 noviembre 2007). En virtud del contenido del Reglamento (DA 1ª), se modifica el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (BOE 29 abril 2005, núm. 102), en el sentido de fijar nuevas obligaciones al operador designado, como el ofrecimiento de acceso a las guías telefónicas a través de Internet, en formato accesible para usuarios con discapacidad, en las mismas condiciones y plazos de

accesibilidad establecidos para las páginas de internet de las administraciones públicas, que figure en la nueva regulación (art. 30.2); planes de adaptación de los teléfonos públicos de pago para facilitar su accesibilidad por las personas usuarias con discapacidad y, en particular, por las personas ciegas, en silla de ruedas o de talla baja, comprendiendo, en relación con las personas usuarias ciegas, la accesibilidad, tanto de la información dinámica facilitada por el visor de terminal, como de la estática (art. 32.4); una oferta suficiente y tecnológicamente actualizada de terminales especiales, adaptados a los diferentes tipos de discapacidades, tales como teléfonos de texto, videoteléfonos o teléfonos con amplificación para personas con discapacidad auditiva, o soluciones para que las personas con discapacidad visual puedan acceder a los contenidos de las pantallas de los terminales, realizando una difusión suficiente de aquella (artículo 33.2); la aplicación de una determinada franquicia en las llamadas al servicio de consulta telefónica sobre números de abonado, y en el establecimiento de las condiciones para la recepción gratuita de las facturas y de la publicidad e información suministrada a las demás personas abonadas de telefonía fija sobre las condiciones de prestación de los servicios, en sistema Braille o en letras o caracteres ampliados, sin menoscabo de la oferta que de esta información se pueda realizar en otros sistemas o formatos alternativos (párrafo 2º del apartado 2.a) del artículo 35). El texto final de los preceptos indicados figura actualizado en virtud del artículo único del Real Decreto núm. 726/2011, de 20 de mayo (BOE 29 abril 2005, núm. 102)

En virtud de su disposición adicional segunda, se fija lo que el texto denomina como apoyos complementarios, siguiendo para ello lo dispuesto el artículo 10.2 c) de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre (LIONDAU). Estos apoyos consisten en subvenciones y ayudas económicas para la adquisición o contratación más ventajosa de elementos, bienes, productos y servicios de la sociedad de la información; la consideración de las personas mayores y con discapacidad como grupo de población prioritario en el acceso a las iniciativas, programas y acciones de info-inclusión y de extensión de la sociedad de la información que desarrollen las administraciones públicas. Asimismo, formula el compromiso de que el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (MSSSI en su denominación actual) y el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio (Industria, Energía y Turismo en su denominación actual), a través de los

mecanismos adecuados y, en su caso, del Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, promuevan el acceso regular y normalizado de las personas con discapacidad a la sociedad de la información. En el mismo marco, se desarrolla la obligación del Centro Estatal de Autonomía Personal y Ayudas Técnicas del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y el Ministerio de Industria, Energía y Turismo de habilitar una página de internet, accesible a las personas con discapacidad y mayores, que contendrá información global, completa y actualizada de todos los elementos, bienes, productos y servicios de la sociedad de la información, así como de las iniciativas, programas y acciones que se desarrollen en el ámbito de la sociedad de la información y los medios de comunicación social que tengan relevancia desde la perspectiva de las personas con discapacidad y mayores. Por último, la disposición adicional tercera atribuye al Consejo Nacional de la Discapacidad, sobre la base de su informe anual o en las medidas o decisiones propuestas por la Oficina Permanente Especializada al Pleno, la obligación de informar sobre el grado de cumplimiento de las obligaciones en materia de accesibilidad regulada en este Real Decreto, *“para ser tenido en cuenta por el departamento ministerial responsable”*. La disposición transitoria única fija unos plazos cuyo inicio era el 4 de diciembre de 2009 para todos los productos y servicios nuevos, incluidas las campañas institucionales que se difundan en soporte audiovisual y desde el 4 de diciembre de 2013 para todos aquellos existentes que sean susceptibles de ajustes razonables. Asimismo, para las páginas de internet de las administraciones públicas o con financiación pública debían adaptarse, en los siguientes plazos: a) las páginas nuevas deberán ajustarse a la prioridad 1 de la Norma UNE 139803:2004 desde la entrada en vigor del Real Decreto; b) las páginas existentes deberán adaptarse a la prioridad 1 de la Norma UNE 139803:2004 en el plazo de 6 meses desde la entrada en vigor; c) todas las páginas, actualmente existentes o de nueva creación, deberán cumplir la prioridad 2 de la Norma UNE 139803:2004 a partir del 31 de diciembre de 2008. La obligación expuesta sobre la guía telefónica universal a través de Internet, se debía llevar a cabo en los mismos plazos que he indicado. La norma UNE que figura citada ha sido sustituida por la Norma UNE 139803:2012, según Resolución de 3 de septiembre de 2012, de la Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa, por la que

se publica la relación de normas UNE aprobadas por AENOR durante el mes de julio de 2012 (BOE nº 237 de 2 de octubre de 2012).

La realidad resulta que, pese a que este precepto sitúa la accesibilidad de la sociedad de la información en un vínculo con el principio de igualdad desde la derogada LIONDAU, no obstante, según revela un estudio reciente, mientras que el uso del teléfono móvil entre las personas con discapacidad visual, auditiva y de movilidad es prácticamente universal (91,4% de media), el uso de Internet tiene un bajo porcentaje de uso (32,9% de media); la accesibilidad de los dispositivos y de las aplicaciones están consideradas como herramientas y desarrollos imprescindibles para mejorar la calidad de vida y la autonomía personal de las personas con discapacidad; el precio de los dispositivos idóneos parece ser una barrera²⁶⁵. Ejemplo de ello es el uso de tarjetas NFC y la Domótica Móvil, aplicaciones de última generación que permiten a las personas con ceguera y deficiencia visual grave manejar electrodomésticos digitales desde dispositivos móviles; estas herramientas fueron valoradas por don Eugenio Pérez Pecharromán, responsable del departamento de I+D del CIDAT de la ONCE de la forma siguiente: *“determinados usos de tecnologías inalámbricas aplicadas a teléfonos móviles nos facilitarán en breve el acceso a soluciones cotidianas en la vida diaria, como la domótica para electrodomésticos. Hoy, el 99 por 100 de éstos son táctiles, con display digital, al que los ciegos no tenemos acceso: desaparecen las lavadoras con rueda de programación que puedas memorizar... Pero se nos abre una ventana para acceder a esos electrodomésticos a través del móvil mediante tecnologías inalámbricas, como las lavadoras con emisor wifi que, con la adecuada aplicación ofrecida por el fabricante, te permite manejarla a través de tu teléfono”*²⁶⁶. Es un ejemplo de que el entorno internet resulta crucial para la autonomía de las personas con discapacidad, y que las mejoras en estos entornos tiene un claro contenido económico, pues sus posibles beneficios pueden extenderse a toda la sociedad.

No obstante, la situación resulta precaria. De todas las quejas recibidas por la Oficina Permanente de la Discapacidad, según su informe 2012, el

²⁶⁵ Acceso y uso de las TIC por las personas con discapacidad. Fundación Vodafone España. 2013.

²⁶⁶ Revista Así Somos. Boletín digital. Dirección de Comunicación e Imagen de la ONCE. Nº 123. Junio 2014.

número mayoritario de quejas se presenta por la falta de accesibilidad a las páginas web; concretamente, el 76,92%²⁶⁷.

De todo lo transcrito hasta ahora se deduce que las obligaciones legales no se han trasladado al sector privado, salvo en lo que se transcribe en el apartado quinto de la LSSI para las páginas de internet de las empresas que prestan servicios al público en general “*de especial trascendencia económica*”, que deben figurar adaptadas también a partir del 31 de diciembre de 2008, como mínimo, al nivel medio de los criterios de accesibilidad al contenido generalmente reconocidos. El propio apartado cuarto reconduce su sanción al régimen sancionador en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Son varias las cuestiones que se deducen de la entrada en vigor del TRDPCDYS: el sentido preeminente que se reconoce a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades en el sector que ahora analizo y el carácter prioritario que en el mismo se reconoce al respeto de los derechos de las personas con discapacidad, tal como he indicado al inicio del apartado. Por otro lado, el nuevo régimen de infracciones que recoge el Título III del Texto Refundido atribuye la responsabilidad a los responsables de la infracción, personas físicas o jurídicas (se entiende de naturaleza pública o privada) que incurran en las acciones u omisiones determinadas como infracción en esta ley y en la legislación autonómica correspondiente (art. 79).

No obstante, esta redacción ya figuraba en el artículo 8 de la derogada Ley 49/2007, de 26 de diciembre, que aprueba el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE 27 diciembre 2007, núm. 310), lo que no ha evitado la situación apuntada de una falta de implantación del soporte internet entre este grupo humano. Quizás el cambio de rumbo que ha sido iniciado por el Texto Refundido, al vincular la accesibilidad al principio de igualdad de oportunidades, favorezca su potenciación y definitiva implantación, ya que, como recogen los y las

²⁶⁷ Oficina Permanente Especializada. Informe anual 2012. Disponible en internet. <http://www.oadis.msssi.gob.es/informesOPE/ano2012/home.htm>. Consulta 28.04.2014. Pág. 42.

especialistas, la elaboración de tecnología accesible resulta más una cuestión de concienciación, que de dificultad o de coste²⁶⁸.

Recientemente, ha sido promulgada la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones (BOE nº 114, de 10 de mayo de 2014), respecto de un sector que el propio preámbulo de la Ley califica como *“uno de los sectores más dinámicos de la economía y uno de los que más pueden contribuir al crecimiento, la productividad, el empleo, y por tanto, al desarrollo económico y al bienestar social, afectando directamente al círculo de protección de los intereses generales”*; en cuanto servicio de interés general, resulta un sector regulado por las Administraciones Públicas. Partiendo de esta vinculación con los intereses generales, al sector de las personas con discapacidad le dedica varios artículos: uno de ellos, el tres, que bajo el título de principios y fines de la Ley, figuran el de ...”k) *Salvaguardar y proteger en los mercados de telecomunicaciones la satisfacción de las necesidades de grupos sociales específicos, las personas con discapacidad, las personas mayores, las personas en situación de dependencia y usuarios con necesidades sociales especiales, atendiendo a los principios de igualdad de oportunidades y no discriminación. En lo relativo al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas de las personas en situación de dependencia, se fomentará el cumplimiento de las normas o las especificaciones pertinentes relativas a normalización técnica publicadas de acuerdo con la normativa comunitaria; l) facilitar el acceso de los usuarios con discapacidad a los servicios de comunicaciones electrónicas y al uso de equipos terminales”*.

Forma parte de la obligación de información que se facilitará a las Autoridades Nacionales de Reglamentación la de comprobar el cumplimiento de las obligaciones que resulten necesarias para garantizar un acceso equivalente para los usuarios finales con discapacidad y que éstos se beneficien de la posibilidad de elección de empresas y servicios disponibles para la mayoría de los usuarios finales (art.10). Medidas específicas establecidas en su beneficio son el acceso a los números armonizados para los servicios armonizados europeos de valor social (art. 22), para que los usuarios finales con discapacidad puedan tener el mejor acceso posible a los servicios

²⁶⁸ Entrevista a Eduard Sánchez, director de CODE FACTORY. Cinco Días. Suplemento de Economía y Empresas. 19.11.2013. Pág. 5.

prestados a través de los números que comienzan por las cifras 116; entre las condiciones podrá incluirse, en función del servicio en concreto de valor social que se trate, la de posibilitar la comunicación total a través de voz, texto y video para que las personas con discapacidad sensorial no queden excluidas; en cuanto servicio público universal, debe existir una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago u otros puntos de acceso público a la telefonía vocal en todo el territorio nacional..., que garantice la accesibilidad de estos teléfonos por los usuarios con discapacidades, de tal modo que los usuarios finales con discapacidad tengan acceso a los servicios...a un nivel equivalente al que disfrutaran otros usuarios finales (art. 25.1.d y e), con igual capacidad de elección de operadores que el resto de usuarios (art. 25.2); acceso igualitario a servicios de emergencia (art. 28.4); derecho a recibir información completa, comparable, pertinente, fiable, actualizada y de fácil consulta sobre la calidad de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público y sobre las medidas adoptadas para garantizar un acceso equivalente para los usuarios finales con discapacidad (art. 47.1.h); establecimiento de parámetros de calidad, así como los posibles mecanismos de certificación de la calidad, al objeto de garantizar que los usuarios finales, incluidos los usuarios finales con discapacidad, tengan acceso a una información completa, comparable, fiable y de fácil consulta, en el seno del proceso de garantía de calidad del servicio (art. 50.2); regulación de las condiciones básicas de acceso a las tecnologías, productos y servicios relacionados con las comunicaciones electrónicas, determinando los requisitos que deban cumplir los operadores para garantizar que las personas con discapacidad puedan tener un acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas de forma equivalente al resto de usuarios finales y se beneficien de manera igual que éstos a la posibilidad de elección de empresa y servicios disponibles (art. 52.a y b); obligación de información de forma periódica de los productos y servicios dirigidos a ellos, en el marco de las obligaciones de transparencia de los operadores, pendiente de desarrollo reglamentario (art. 54.3.f); participación de las asociaciones representativas de personas con discapacidad en el funcionamiento del Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información (art. DA 5ª); previsión reglamentaria de fijar condiciones a los proveedores de servicios y equipos de televisión digital, para que cooperen en la prestación de servicios de

comunicación audiovisual televisiva interoperables para los usuarios finales con discapacidad (DA 7ª.4). El incumplimiento de las obligaciones anteriores podría quedar calificado como infracción grave o leve, y serle aplicado el régimen de sanciones previsto en la Ley (art. 78 y 79), con sanciones por la comisión de infracciones graves de multa por importe de hasta dos millones de euros, o por las leves de hasta 50.000 euros. En el texto se han acogido la mayoría de las propuestas que formuló al Proyecto de Ley el CERMI²⁶⁹.

Previsiones en beneficio de este grupo de personas con discapacidad ya figuraban en la, ahora derogada, Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (BOE 4 noviembre 2003, núm. 264), en la que también se incluía la previsión de un régimen sancionador. A mi juicio, el texto adolece de concreción de un elenco de obligaciones, cuyo desarrollo y fijación queda pendiente de un desarrollo reglamentario para el que no se ha fijado plazo concreto. Se corre, pues, el peligro real de repetir la falta de accesibilidad al mercado de las telecomunicaciones de un grupo para el que este servicio de interés general resulta de una necesidad imperiosa para garantizar el principio de igualdad de oportunidades. Quiebra por esta vía el objetivo de que la Sociedad de la Información sea una Sociedad de la Inclusión y la Participación, donde el mundo de la discapacidad no se vea excluido ni marginado, máxime cuando va a ser una sociedad donde el conocimiento va a ser el verdadero factor determinante, más incluso que las meras capacidades tecnológicas; éste es un factor que sólo reside en las personas y en la voluntad de hacer crecer a diario la inteligencia colectiva al compás de la suya propia y el enriquecimiento interactuando con el resto de las personas; este anhelo sólo alcanzara todas sus potencialidades en la medida en que se ponga al servicio de la solidaridad y el bienestar de cada comunidad²⁷⁰. Para la satisfacción de este objetivo, resulta básico que se creen unos fundamentos legales claros en los que se plasme la acogida por el legislador del sentir de la comunidad: la realización de una sociedad de la información inclusiva, a la que todos sus miembros puedan

²⁶⁹ Consulta en internet al sitio: <http://www.cermi.es/es-ES/Noticias/Paginas/Inicio.aspx?TSMEIdNot=4742>. Consulta realizada el 21 de mayo de 2014.

²⁷⁰ MORÁN CRIADO, J.M. *“Tecnologías, conocimiento y accesibilidad. El derecho de acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías y al conocimiento colectivo”* en PÉREZ BUENO, L.C. (director). *“Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo”*. Ob. Cit. Pág. 796.

contribuir con sus capacidades. Sabiendo que una Sociedad de la Información solidaria e inclusiva, expandirá un potencial de crecimiento a todos y cada uno de los sectores que analizo en los apartados de este capítulo.

7.11. Transportes

La movilidad resulta un ámbito en el que el nivel de protección debe resultar especialmente intenso, de acuerdo con el artículo 7.3 del TRDPCDYS, así como uno en el que se protege de forma especial el principio de igualdad de oportunidades (5.c). Resulta básico para garantizar la autonomía y vida independiente de la persona con discapacidad; principios fundamentales para su disfrute pleno de libertad e igualdad, como he afirmado en este mismo capítulo.

La Disposición final octava de la LIONDAU recogía un mandato (según redacción dada por el artículo 1.13 de Ley 26/2011, de 1 de agosto), según el cual, el Gobierno aprobaría, según lo previsto en el artículo 10 de esta Ley, y en razón de las necesidades, peculiaridades y exigencias que concurrieran en cada supuesto, unas condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los medios de transporte por personas con discapacidad. Fijaba en su mismo apartado 1 que en un plazo de cinco a siete años para las infraestructuras y material de transporte nuevo, y de doce a catorce años para todos aquéllos existentes que fuesen susceptibles de ajustes razonables, a partir de la entrada en vigor de la Ley, devendrían obligatorios. Igualmente, en el apartado 2 del artículo, en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno realizaría unos estudios integrales sobre la accesibilidad de los diferentes medios de transporte, en lo que se considere más relevante desde el punto de vista de la no discriminación y de la accesibilidad universal. Derogada la LIONDAU por el TRDPCDYS, recoge el nuevo texto un artículo 22, en cuyo apartado 1 declara el derecho de las personas con discapacidad a vivir de forma independiente, para lo que los poderes públicos deben adoptar las medidas pertinentes para asegurar la accesibilidad universal, en igualdad de condiciones con las demás personas, en el transporte, entre otros sectores. La obligatoriedad de la adopción de las condiciones de accesibilidad figura recogido en el artículo 27 del TRDPCDYS, en el que reenvía en cuanto a los plazos máximos de implantación, al previsto

en la disposición adicional tercera.¹, en el que fija en su apartado c): para las infraestructuras y material de transporte nuevos, el 4 de diciembre de 2010, y para las infraestructuras y material de transporte existentes el 4 de diciembre de 2010, que sean susceptibles de ajustes razonables, el 4 de diciembre de 2017. La ley material que regula este sector viene representada por la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (BOE 31 julio 1987, núm. 182), en cuya redacción, modificada en julio de 2013²⁷¹, incluye a los representantes de las personas con discapacidad en el Consejo Nacional de Transportes Terrestres, junto con las asociaciones de consumidores y usuarios (art. 36.2); así como la declaración conforme a la cual, los vehículos destinados al transporte de viajeros deberán cumplir las condiciones básicas de accesibilidad para personas con discapacidad que reglamentariamente resulten exigibles (art. 54.2). Esta declaración quedaría vinculada al cumplimiento de las condiciones de accesibilidad que debería recoger el TRDPCDYS.

Como medida de acción positiva relacionada con el sector del transporte, el artículo 31 del TRDPCDYS recoge un subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte para aquellas personas con discapacidad con dificultades para utilizar transportes colectivos, conforme a los requisitos establecidos reglamentariamente; cuya cuantía se fijará anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Si bien el enfoque de la medida resulta correcto, en cuanto que compensa los gastos adicionales que, como he indicado, genera la discapacidad, lo cierto es que de la lectura del literal de la norma se puede interpretar que parece estar destinada sólo a aquellas personas que se vean obligadas a utilizar vehículos de uso privado; por lo que la medida, debería ser ampliada al grupo de personas con discapacidad en general, tal como se hace respecto de otros grupos como las familias numerosas.

En el mundo globalizado en el que nos ha tocado vivir, resulta cada vez más indispensable avanzar en la movilidad que proporciona unos medios de

²⁷¹ Modificado por Ley núm. 9/2013, de 4 de julio (BOE 5 julio 2013, núm. 160).

transporte accesibles²⁷². Por otro lado, las administraciones públicas, en respeto al principio de legalidad que recoge el texto constitucional, deben velar por la aplicación del ordenamiento jurídico; esta obligación resulta aún más predicable en relación con los medios de transporte, cuyos servicios son prestados mayoritariamente por operadores privados que, por lo general, no operan en un libre mercado, dado que su actividad se encuentra sometida a autorización administrativa.

Como reconoce la Comunicación de la Comisión de la UE al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones *“Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad”*²⁷³ de 12 de mayo de 2000 en su apartado 3.1: *“En nuestra sociedad moderna, sólo aquellos que pueden moverse libremente están verdaderamente integrados en la vida social o económica, ya sea con fines de trabajo o de ocio. La movilidad no debería considerarse simplemente un factor positivo o una necesidad social y económica, sino un derecho del que todos somos titulares, sometido únicamente a condiciones económicas y técnicas que resulten razonables. Esta premisa es aún más cierta, si cabe, para las personas con discapacidades motrices, para los cuales la posibilidad de participar en la vida social, comercial, económica, cultural y política depende de la solución dada a los problemas de movilidad de una forma que no afecta igualmente a los demás ciudadanos. Sin embargo, también se reconoce de modo casi unánime que el hecho de facilitar el uso de los medios de transporte a las personas con discapacidad puede contribuir a alcanzar objetivos políticos más amplios como, por ejemplo, la mejora del transporte público, la fluidez del tráfico, la lucha contra la exclusión social y la posibilidad de que las personas se mantengan, en la medida de lo posible, móviles e integradas en sus comunidades”*. Este documento aplica un lenguaje de derechos humanos para tratar este elemento esencial para el colectivo de las personas con discapacidad.

La movilidad del transporte permite la inclusión social de las personas con discapacidad; para conseguir ese objetivo, el documento aboga por una

²⁷² LÓPEZ ÁLVAREZ, P. *“La igualdad de trato de las personas con discapacidad en la Unión europea”* en VVAA. *“2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España”*. Ob. Cit. Pág. 138.

²⁷³ COM/2000/0284. Ob. Cit. Pág. 8.

revisión general de la cadena de transporte en su totalidad; como expresa el mismo en su apartado 3.2: *“De nada sirve el hecho de que existan autobuses o trenes accesibles, si las personas con discapacidades motrices no pueden llegar a la parada de autobús o a la estación de tren ni utilizar un distribuidor automático de billetes”*. Esta conclusión vincula el transporte con la movilidad de las vías urbanas. No obstante, debe entenderse que esos principios no pueden reducirse exclusivamente a las personas con discapacidad física, como efectúa el texto, sino a todos los grupos cuya discapacidad les genere una movilidad reducida o limitación en su autonomía. Teniendo en mente que la falta de acceso al transporte es un motivo habitual que desalienta a las personas con discapacidad a buscar trabajo o que les impide acceder a la atención de salud²⁷⁴. Existe, por lo tanto, una relación causa-efecto entre la accesibilidad de los medios de transporte y la inclusión social plena.

Un sector al que se han dirigido siempre las reclamaciones de las personas con discapacidad sobre su deficiente accesibilidad, ha sido el de la aviación civil. Durante decenios las personas con discapacidad se han visto excluidas de este medio de transporte por un *“supuesto”* motivo de seguridad. Al respecto, la Conferencia Europea de Aviación Civil sobre facilitación del transporte de las personas con movilidad reducida ha adoptado un código de conducta para la asistencia de estas personas, entre cuyas líneas destaco las siguientes directrices: 1) cada aerolínea hará públicos los servicios que ofrece a los pasajeros y pasajeras con necesidades especiales y la asistencia a aquéllos y aquéllas con movilidad reducida (PRM); 2) las PRM gozan de iguales derechos de libertad de movimiento y elección que los demás ciudadanos y ciudadanas; 3) ningún agente de transporte rehusará a una PRM excepto si no puede ser transportada con seguridad o no puede ser acomodada físicamente, en cuyo caso, se le explicarán claramente las razones; 4) cuando una PRM declare que es autosuficiente y capaz de autocuidado durante todo el vuelo, la aerolínea debería aceptar esta declaración. De la lectura de este Código resulta que las propias aerolíneas no ven preceptivo que se deba acoger en el pasaje a todas las personas sin distinción; las razones de la seguridad no resulta nada más que una excusa

²⁷⁴ Informe Mundial sobre la Discapacidad. Ob. Cit. Pág. 10.

con el fin de rechazar, incluso en el mismo momento del embarque, a una pasajera o pasajero para cuya atención se exija un “*plus*” de dedicación. Como ha sido el caso en alguna ocasión. Se olvidan que las operadoras del transporte aéreo ostentan unos derechos no abiertos a la libre concurrencia, ya que son objeto de una autorización administrativa previa. Son las propias administraciones autorizantes las que pueden imponer determinadas condiciones en la gestión del servicio, y no se hace.

Una de las normas más anheladas por las personas con discapacidad en el ámbito europeo ha sido el Reglamento nº 1107/2006, de 5 de julio, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo²⁷⁵. Han sido muy numerosos los casos de personas con discapacidad visual que, por el solo hecho de ir en grupo, resultaban excluidos del pasaje. Padecían de una indefensión absoluta, pues sus derechos y consideración personales eran aparcados en aras a unas supuestas razones de seguridad. Sobre la base de la indicada norma, las compañías aéreas, sus agentes o los operadores turísticos no podrían negarse, alegando la discapacidad o movilidad reducida del pasajero o pasajera a aceptar una reserva para un vuelo, o a embarcar a una persona con discapacidad o movilidad reducida en un aeropuerto de este tipo, siempre que la persona de que se trate disponga de un billete válido y de una reserva (artº 3). Inexplicablemente, la declaración general del indicado artículo se exceptúa sobre la base de los motivos de seguridad antes aludidos, dado que, en aplicación del Artículo 4 del Reglamento, las compañías aéreas o sus agentes o los operadores turísticos podrán negarse, por motivos de discapacidad o movilidad reducida, a aceptar una reserva de una persona con discapacidad o movilidad reducida o denegarle el embarque, con el fin de cumplir los requisitos de seguridad establecidos mediante legislación internacional, comunitaria o nacional, o con el fin de cumplir los requisitos de seguridad establecidos por la autoridad que emitió el certificado de operador aéreo a la compañía aérea en cuestión; asimismo, si las dimensiones de la aeronave o sus puertas imposibilitan físicamente el embarque o transporte de la persona con discapacidad o movilidad reducida. Como se puede fácilmente

²⁷⁵ DOUE nº L204/1, de 26 de julio de 2006.

comprender, el concepto “seguridad” no sólo resulta un concepto indeterminado, sino que su concreción se deja, frecuentemente, en manos de quien se encuentra interesado en no tener entre el pasaje a una persona de las características de la afectada (normalmente, el problema surge cuando la persona con discapacidad reclama ante un caso de exclusión). En el apartado 2 de ese mismo artículo 4, se ofrece incluso la posibilidad de exigir que una persona con discapacidad o movilidad reducida vaya acompañada por otra persona capaz de facilitarle la asistencia necesaria. Esta medida puede suponer para el viajero o viajera con discapacidad un coste importante, como puede imaginarse; lo que, en sí, generaría una conducta discriminatoria. Tal como recoge el informe de la Comisión al Parlamento y al Consejo Europeo sobre el funcionamiento y los efectos del Reglamento (CE) nº 1107/2006 ²⁷⁶ (apartado 2.2.2. Dificultades ligadas a las obligaciones de las compañías aéreas): *“Los estudios realizados y las reclamaciones tramitadas indican que las principales dificultades de aplicación del Reglamento por parte de las compañías aéreas consisten en la denegación de reserva o de embarque de PMR por motivos relacionados con la seguridad”*. El informe destaca que como ejemplo de claridad en relación con las causas de exclusión se encuentra en aspectos tales como la necesidad de poder seguir las instrucciones de seguridad en caso de descompresión, turbulencias, maniobra repentina o accidente²⁷⁷. A mi juicio, si estas son las causas posibles para excluir a un pasajero o pasajera con discapacidad, se podría suplir esta situación de riesgo con una atención individualizada que pudiera durar menos de dos minutos; otra solución es la impresión de la información de seguridad en código de lectura braille. Un ejemplo de buenas prácticas en el sentido que apuntaba al inicio del capítulo, y en línea con lo que acabo de expresar, viene representada por iniciativas tales como la de la Aerolínea LAN chilena que ha incorporado en sus aviones tarjetas de seguridad en braille para pasajeros con ceguera o capacidad visual reducida²⁷⁸. Algo tan obvio que permite adoptar medidas de seguridad eficaces en caso de accidente aéreo con un coste muy reducido, no ha sido recogido por la mayoría de las aerolíneas.

²⁷⁶ Bruselas, 11.4.2011 COM (2011) 166 final. Pág. 4.

²⁷⁷ Idem. Pág. 5.

²⁷⁸ Flynews. 01/10.2013.

La situación real, no obstante, no deja de ser grave. Tal como recoge el Informe España 2012 *“Derechos Humanos y Discapacidad”*: *“el CERMI y en las organizaciones de la discapacidad, son continuas y numerosas las quejas y reclamaciones que llegan de pasajeros con discapacidad o movilidad reducida por el trato recibido por parte de las compañías aéreas, fundamentalmente las denominadas de bajo coste, que pudieran no estar cumpliendo la normativa que les obliga a embarcar y a asistir sin discriminaciones a personas con discapacidad o con dificultades de movilidad”* ²⁷⁹. Nuevamente, en el año 2013 esta situación se reitera, ya que, como recoge el Informe 2013 de la indicada entidad, durante el año 2013, el CERMI ha recibido numerosas quejas de personas con discapacidad que han sufrido decisiones discriminatorias por parte de las compañías aéreas causando graves perjuicios al derecho fundamental de las personas con discapacidad a desplazarse libremente sin restricciones de ningún tipo²⁸⁰. La situación que describen los informes indicados responde a la globalización del transporte aéreo y al ahorro en costes que la feroz competencia está imponiendo a las empresas de transporte. No obstante, a mi juicio, a todas las actividades económicas sujetas a una autorización administrativa debe serles impuestas condiciones específicas para el trato a personas con discapacidad, de la misma manera que se les impone otras obligaciones más banales.

En relación con el uso de perro guía como instrumento de movilidad y su acceso a los medios de transporte de titularidad pública, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 9ª (Rec. 1051/2002), en sentencia de 26 de julio de 2006 declaró, en análisis de la Ley 23/1998 de la Comunidad de Madrid, y la prohibición a un usuario de perro guía de utilizar un autobús urbano, que: *“El ejercicio del derecho conlleva la permanencia ilimitada, constante y sin trabas del perro guía junto al usuario del mismo”* (FD 2º) *“...El comportamiento del conductor del autobús puede tipificarse en este precepto puesto que con su comportamiento introdujo en el ejercicio del derecho del usuario del perro guía a la utilización de medio de*

²⁷⁹ Colección Convención ONU. Disponible en internet en <http://www.cermi.es/es-ES/ColeccionesCermi/ConvencionONU/Paginas/Inicio.aspx?TSMEIdPub=10>. Pág. 65.

²⁸⁰ CERMI. *“Derechos Humanos y Discapacidad”*. Informe España 2013. Ob. Cit. Recurso online, a disponible en www.cermi.es/es-S/Novedades/.../INFORME%20DDHH%202013.pdf. Págs. 31-32.

transporte público dificultades innecesarias como era su negativa a continuar viaje, cuando podía haberlo resuelto fácilmente, si tenía dudas sobre la condición de perro guía, a pedir la documentación que debe acompañar su utilización, como así hizo el inspector” (FD3º). El conocimiento del asunto se llevó a cabo en la impugnación por el conductor afectado de la sanción disciplinaria que le fue impuesta, y cuyo comportamiento supuso una retención del viaje de 20 minutos, que obligó a los demás viajeros a cambiarse de autobús y a la presencia de un inspector que tuvo que resolver la situación. En este caso, la protección se circunscribe no sólo a la persona con discapacidad, sino también al animal, junto con quien se crea una unidad inseparable desde el punto de vista de la movilidad. En el caso presente, la resolución judicial sí incorpora una visión correcta de la funcionalidad del perro guía y su vinculación a la persona con discapacidad sensorial; todo lo contrario del pronunciamiento que he recogido en este mismo Capítulo en un apartado anterior. El entrenamiento específico del perro no permite que sea separado de la persona usuaria; es por ello, que se califica como una unión indisoluble. Tampoco puede ser analizada de forma independiente desde el punto de vista de la responsabilidad civil, en contra de lo que lleva a cabo el pronunciamiento indicado.

En un ámbito distinto, como es la protección de los derechos fundamentales, se ha dictado una sentencia de 15 de enero de 2014 por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Madrid, en la que un conductor de la EMT ha sido sancionado con una multa de 240€, por negarse a que una niña de 10 años que iba en silla de ruedas, pudiera acceder al vehículo al negarse a bajar la rampa que necesitaba para subir al autobús que conducía, siendo condenado a una falta de "coacciones y vejaciones injustas". La sentencia declara que: *"la excusa alegada de que el autobús se acercó mucho a la acera, y que la acera era muy baja, y podían 'levantar' y subir a la menor por la puerta delantera, carece de toda capacidad exculpatoria".* Además, añade, *"si se tiene en cuenta el Artículo 10.1 de la Constitución Española, ha de considerarse que la dignidad de la persona tiene valor de principio fundamental"* y que *"debe resaltarse que la conducta del acusado además de componente coactivo, en el caso concreto encierra un intenso grado de humillación, es decir, de vejación, ya que la menor discapacitada presentaba una discapacidad visible, y una*

mínima conducta y actuación humanitaria en el acusado le debería haber obligado, por puro sentido común, a activar la rampa y facilitar la subida de la menor en la silla por la rampa”, afirma la sentencia²⁸¹. A mi juicio, sin perjuicio de que se hubiese optado por la sencillez del procedimiento para enjuiciar la conducta como falta, la misma se hubiese debido tipificar como delito conforme al artículo 511.1 del Código Penal, y que podía haberle sido impuesta una condena a pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años al particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ... minusvalía.

Este es un simple recordatorio de que, en efecto, la lucha de las personas con discapacidad por su libertad resulta penosa en algunas ocasiones, no sólo por la existencia de barreras físicas, sino actitudinales de los restantes ciudadanos y ciudadanas.

7.12. Uso de la lengua de signos

Siguiendo la declaración contenida en el párrafo 2º del apartado VI del preámbulo de la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas (BOE 24 octubre 2007, núm. 255): *“el cumplimiento de los principios que inspiran la Ley 51/2003, exige la adopción de un conjunto de medidas que normalicen a la sociedad, en el sentido de abrirla en el mayor grado posible a toda la ciudadanía y, cómo no, a las personas con discapacidad, y que tengan como principal finalidad situar a éstas en una igualdad de condiciones, de oportunidades y de posibilidades para el desarrollo de los derechos fundamentales y de una vida digna (artículos 10.1 y 14 de la Constitución Española)”*. Asimismo, destaca en su párrafo 3º la importancia que tiene la lengua como instrumento de información y de conocimiento, y que constituye una obligación de los poderes públicos tanto el desarrollo de medios que faciliten el acceso a la expresión verbal y escrita de la lengua oral a las

²⁸¹ Agencia de noticias Servimedia. 18-02-2014.

personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, cuanto la configuración de una normativa básica sobre el aprendizaje, conocimiento y uso de las lenguas de signos españolas.

No obstante estas declaraciones, la ley no se encuentra redactada en el marco de un lenguaje de derechos; me explico, del literal del artículo 2 de la Ley se reconoce a las personas sordas y sordociegas el aprendizaje, conocimiento y uso de las lenguas de signos españolas, y a los distintos medios de apoyo a la comunicación oral, en los términos establecidos en la Ley. Por esta vía, el alcance de la ley resulta muy limitado, en la medida en que lo que se implantan son más o menos medidas de promoción de la lengua de signos, o la obligación del subtítulo u otros recursos de apoyo a la comunicación oral en las áreas de acceso a bienes y servicios a disposición del público, transporte, relaciones con las Administraciones públicas, derecho de participación política, medios de comunicación y sociedad de la información (art. 19-23 de la Ley). No obstante, uno de los principios que persigue la Ley es la normalización, que recoge su artículo 5.e), conforme al cual: *“...las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas deben poder llevar una vida normal, accediendo a los mismos lugares, ámbitos, bienes y servicios que están a disposición de cualquier persona”*.

Este principio se ha articulado exclusivamente desde el punto de vista de la accesibilidad de los indicados bienes y servicios; es decir, desde un punto de vista meramente pasivo para la persona con sordera o con sordoceguera. Faltan en la Ley, por lo tanto, medidas que implanten la utilización de la lengua de signos en el resto de la sociedad, como un factor de inclusión social. Si el contenido de la Ley hubiera sido fiel a los propios principios que constan en su Preámbulo, éste hubiese debido ser, y no otro, uno de los fines principales que hubiese debido plasmarse en la ejecución de la Ley. Siguiendo lo que muy acertadamente recoge el párrafo sexto del apartado I del Preámbulo: *“...la constatación de que no puede hablarse de una participación real y efectiva de la ciudadanía en el ámbito de un sistema democrático sin el acceso a la información y a la comunicación y sin la expresión de sus ideas y voluntades a través de una lengua; la toma de conciencia de que sólo es posible lograr una integración social y cultural de carácter universal, desde la que la participación ciudadana se proyecte en cualquier ámbito social y cultural -exigencia de un*

Estado social- a través del acceso al conocimiento y uso de la lengua son cuestiones que, junto a la importancia que en las sociedades contemporáneas ha adquirido la transmisión de información a través de medios escritos y audiovisuales, obligan a considerar el uso y conocimiento de una lengua como un derecho vinculado al libre desarrollo de la personalidad y, en definitiva, al logro de una vida humana digna". Como tal instrumento de comunicación, no puede configurarse el mismo en un mero sentido unidireccional; se ha perdido la oportunidad de incorporar al texto por el legislador, instrumentos de normalización como la inclusión de la lengua de signos en los programas educativos oficiales. Esta medida hubiese permitido la implantación plena en la sociedad de la lengua de signos como medio de comunicación social y, por lo tanto, como un factor más de inclusión de este grupo de personas.

La disposición final cuarta de la Ley 27/2007 prevé la elaboración de un Reglamento que desarrolle la utilización de la lengua de signos, así como los apoyos para cualquier tipo de ayuda técnica que contribuya a eliminar las barreras de comunicación en distintos ámbitos: arte, cultura, política, ciencia, deporte, ocio, etc. Tal como pone de manifiesto el Informe *"Derechos Humanos y Discapacidad"*-Informe España 2012: *"lamentablemente, la ausencia de ese reglamento, inexistente a día de hoy, limita seriamente la participación social de este colectivo"*²⁸². Pone por ejemplo que el Real Decreto 366/2007²⁸³ establece las condiciones de accesibilidad de las personas con discapacidad en sus relaciones con la administración pero no prevé ninguna medida concreta al efecto de atender a las personas con sordera a través de intérpretes, relegando a un posterior desarrollo las especificaciones técnicas y el detalle de las condiciones y criterios de accesibilidad. A fecha de la redacción de este trabajo, todavía no ha sido desarrollada la Ley, por lo que la discriminación persiste.

Recogiendo la declaración formulada en el seno del XV Congreso Mundial de Personas Sordas, organizado por la Federación Mundial de Personas Sordas (WFD) y la Confederación Estatal de Personas Sordas (CNSE), en Madrid, del 16 al 23 de julio de 2007, la lengua de signos es un derecho humano para todos los miembros de la Comunidad Sorda. Derecho

²⁸² CERMI. *"Derechos Humanos y Discapacidad"*. Informe España 2012. Ob. Cit. Págs. 35-36.

²⁸³ RD 366/2007, de 16 de marzo, que establece las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado (BOE 24 marzo 2007, núm. 72).

que se debe articular en el doble sentido: activo y pasivo; es decir, el derecho a comunicarse y ser entendido por los demás mediante los recursos de apoyo, pero también sin ellos, ya que en la lengua de signos existe un componente cultural del que uno no se debe sustraer. En este sentido debe interpretarse la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la Protección de la lengua de signos en los Estados miembros del Consejo de Europa (Doc. 9738, de 17 de marzo de 2003), reconociendo a ésta como un medio de comunicación natural y completo con capacidad de promover la integración de las personas con limitaciones auditivas en la sociedad y para facilitar su acceso a la educación, el empleo y la justicia. En la misma línea, la Recomendación 1492 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 2001 sobre los derechos de las minorías nacionales ha recomendado a los Estados Miembros que reconozcan oficialmente la lengua de signos. En el mismo sentido, la Declaración del Parlamento Europeo 1/2004 sobre los derechos de las personas sordociegas indica que *“las personas sordociegas deberían tener los mismos derechos que los demás ciudadanos de la Unión Europea y que estos derechos deberían garantizarse mediante una legislación adecuada en cada Estado miembro”*.

La lengua de signos es la lengua natural de las personas sordas, de tal manera que ha resultado tradicional la pérdida de los primeros años de la vida del niño o niña sordos, dedicados al entrenamiento audio-oral (desmutización), junto con el esfuerzo dedicado a conseguir un dominio elemental de la lengua oral, y los deseos de *“integración”* en la escuela; de esta manera se ha llegado al fracaso educativo en el uso de la lengua oral y de la lengua de signos por parte de muchos miembros de la comunidad sorda²⁸⁴. Esta situación de exclusión social, referida en principio al ámbito educativo, se vivía por la falta de implantación en la sociedad de este canal de comunicación habitual en el seno de este grupo social. Al mismo tiempo, esta situación respondía a un enfoque distinto al actual: el modelo social y el tratamiento de la discapacidad desde el enfoque de los derechos sustrae la carga desde la persona con

²⁸⁴ PASTOR CESTEROS, S y SALAZAR GARCÍA, V (editores). *“Tendencias y líneas de investigación en adquisición de segundas lenguas-Algunas reflexiones sobre la enseñanza de la lengua de signos española (L.S.E.)”*. Alicante: Universidad de Alicante. Departamento de Filología Española, Lingüística General y Teoría de la Literatura, 2001. Ed. Electrónica. Pág. 7. Versión electrónica disponible en <http://www.cnlse.es/es/virtual-library/algunas-reflexiones-sobre-la-ense%C3%B1anza-de-la-lengua-de-signos-esp%C3%B1ola-como-segunda>.

discapacidad a la sociedad; éste es el modelo que denomina DE ASÍS ROIG como de la identidad²⁸⁵. Como consecuencia de este cambio, se abren propuestas como la inclusión de la lengua de signos en los currícula educativos en nuestro país, con el fin de ampliar el volumen de usuarios y usuarias actuales de este vehículo de comunicación, sin cuyo conocimiento mayoritario se condena al grupo de personas sordas y sordociegas a la exclusión social.

El uso de la lengua de signos y su aprendizaje en las escuelas, ha sido destacado por el CESE, instando a que la enseñanza básica sea integradora. Sugiere que se enseñe el lenguaje de signos en las escuelas primarias, que se contraten profesores cualificados que conozcan el braille y se adopten otros métodos adecuados para respaldar a los alumnos con discapacidad²⁸⁶. Este resulta un instrumento de integración muy eficaz que permitirá mejorar el conocimiento y utilización de la lengua de signos entre las personas no sordas. En este sentido, se ha publicado el Real Decreto 126/2014, de 28 de febrero, que establece el currículo básico de la Educación Primaria (BOE 1 marzo 2014, núm. 52), cuyo artículo 8.4 brinda la posibilidad de incluir en la programación de la oferta educativa el aprendizaje de la lengua de signos. Previsión que ya figuraba en el artículo 7.3 de la Ley 27/2007, si bien ahora se efectúa en el marco del plan de estudios general. Como denuncia la Confederación Estatal de Personas Sordas (CNSE): *“Sigue sin existir una normativa estatal de referencia que garantice unos mínimos comunes para todas las Autonomías; carecemos de una red de centros bilingües que garanticen el uso y el estudio de la lengua de signos y que cuenten con profesorado sordo; y en la enseñanza secundaria y universitaria, cada vez son más las alumnas y alumnos sordos, padres y madres que denuncian la escasez o ausencia de intérpretes en los centros en los que cursan sus estudios”*²⁸⁷.

Las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, aprobadas en el seno de Naciones Unidas, destaca como un instrumento para la garantía del principio de igualdad de

²⁸⁵ DE ASÍS ROIG, R. *“Sobre discapacidad y derechos”*. Ob. Cit. Pág. 23.

²⁸⁶ -apartado 5.13 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras» (COM(2010) 636 final) (2011/C 376/15- (21.09.2011).

²⁸⁷ http://www.cnse.es/home_detalle.php?id_inicio=24&archivo=1. Consulta 27.03.2012.

oportunidades el servicio de intérpretes.²⁸⁸. De acuerdo con este sentido, la falta de facilitación de esas medidas podría calificarse como discriminatoria. Como pone de manifiesto el Informe Mundial sobre la Discapacidad: *“se dispone de poca información en formatos accesibles, y no se satisfacen muchas necesidades de comunicación de las personas con discapacidad; las personas sordas a menudo tienen problemas para acceder a un servicio de interpretación en lengua de señas: una encuesta efectuada en 93 países puso de manifiesto que 31 de ellos no tenían ningún servicio de interpretación, mientras que 30 países tenían 20 o menos intérpretes cualificados”*²⁸⁹.

No obstante advertir esta situación, el texto normativo resulta explícito; el TRDPCDYS dispone en su artículo 23.2, en el marco de las medidas de accesibilidad, los apoyos complementarios, en cuyo texto contiene la declaración siguiente: *“c)...sistemas de apoyos a la comunicación oral y lengua de signos, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación”*. No obstante, prescribe en el segundo párrafo del apartado 1 que dicha regulación sea gradual en el tiempo y en el alcance y contenido de las obligaciones impuestas, y abarcará a todos los ámbitos y áreas de las enumeradas en el artículo 5, es decir, telecomunicaciones y sociedad de la información, espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación, transportes, bienes y servicios a disposición del público, relaciones con las administraciones públicas, Administración de justicia, Patrimonio cultural, empleo. El precepto introduce, a mi juicio, un carácter diferenciado en relación con la lengua de signos, dado que la sujeta a uno distinto respecto de las restantes obligaciones de accesibilidad, dado que éstas se someten al regulado en la disposición adicional tercera.1.a), según la cual el calendario finaliza el 4 de diciembre de 2013. Si esto es así, y en el TRDPCDYS no se fija otra obligación que la indicada del artículo 23, parece como si se pretendiera dejar arrumbada, por la vía de la reconducción al sistema de apoyos complementarios, el calendario de obligaciones que recoge la Ley General de

²⁸⁸ “4.1. Entre las medidas importantes para conseguir la igualdad de oportunidades, los Estados deben proporcionar equipo y recursos auxiliares, asistencia personal y servicios de intérprete según las necesidades de las personas con discapacidad”. Versión online, disponible en <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=498>. Pdf. Pág. 14.

²⁸⁹ Informe Mundial sobre la Discapacidad. Ob. Cit. Pág.10.

Comunicación Audiovisual, con una clara dejación de funciones por parte del legislador. Obligación a la que he hecho referencia en un apartado anterior. Por otro lado, no se han impuesto obligaciones específicas de accesibilidad respecto de las personas con sordera a los canales de televisión que no son de emisión en abierto (canales de pago), ni se ha legislado en el sentido de que la televisión digital no terrestre tenga componentes de accesibilidad, tanto de equipos como de contenidos, a pesar de las demandas de las organizaciones de personas con discapacidad en ese sentido. Claramente, nuestra situación resulta diferente a los países de nuestro entorno, como Inglaterra, donde todos los canales de televisión emiten subtítulos durante 24 horas a través del teletexto y varias horas al día en lengua de signos británica, lo cual incide directamente en la cantidad de información que una persona sorda puede recibir a lo largo de su vida²⁹⁰.

En este área existe un precedente internacional resuelto mediante sentencia dictada por el Tribunal de apelación de la Columbia Británica (Canadá), en el asunto *Eldridge vs British Columbia*. En el fallo de fecha 24 de abril de 1997 se analiza si la no facilitación de intérpretes de signos a personas sordas como una prestación cubierta por el Plan de cobertura de servicios médicos viola la Carta canadiense de derechos y libertades. El fallo resulta favorable a que el Gobierno garantice los intérpretes de signos cuando resulte necesario para facilitar servicios médicos. En su apartado 65 el fallo contiene una afirmación de interés, pues declara que la exclusión de la corriente principal de la sociedad que sufren las personas con discapacidad deriva de la construcción de una sociedad basada exclusivamente en atributos genéricos a los que las personas con discapacidad nunca podrán acceder; es el fracaso de una sociedad sensible para efectuar ajustes razonables, de tal modo que las estructuras y estereotipos no se traduzcan en una relegación o expulsión de las personas con discapacidad de la participación social, lo que implica una discriminación en contra de ellos. La declaración contenida en la sentencia no deja lugar a dudas.

²⁹⁰ DÍEZ ABELLA M.A. y LEÓN, D. “*Situación y necesidades de los estudiantes sordos y con discapacidad auditiva*” en VV.AA “*Jornadas: Inclusión de los estudiantes con discapacidad en la Universidad. Necesidades y demandas*”. Ob. Cit. Pág. 116.

La utilización de intérpretes de lengua de signos para las personas sordas, o de mediadores y guías-intérpretes para las personas sordociegas, deben quedar incluidos en el concepto de apoyos personales acogidos por la Convención de Naciones Unidas y, por esta vía, generalizado su uso en todos los ámbitos de estas personas, pero sobre todo en ámbitos como la educación y el empleo, ámbitos básicos para la integración socio-laboral de los individuos. La satisfacción de los anhelos de la comunidad de personas sordas conlleva un cambio de modelo en el que se tenga en cuenta en la vida social las señas de identidad de este grupo de personas. Supone, por lo tanto, una modulación del modelo social de la discapacidad con una especificación para este grupo social. El respeto a la cultura propia de las personas sordas y sordociegas y la lengua de signos como una expresión más de la misma, cuya diversidad merece el respeto del resto de la sociedad; por ello, estoy plenamente de acuerdo con DE ASÍS ROIG quien entiende que el Estado, y también las restantes Administraciones Públicas, debe reconocer y promover esta lengua, facilitando su aprendizaje y formando intérpretes generales y guías²⁹¹. Siendo ésta una labor de promoción inherente a la consideración de este derecho como fundamental. Los argumentos en pro de esta acción son los mismos mediante los que fundamento el reconocimiento de los DESC, al que dedico el capítulo siguiente.

7.13. Vivienda

La vivienda guarda una estrecha relación con la dignidad del individuo, dado que en ella desenvuelve éste una parte importante de su proyecto vital, y es el núcleo fundamental de su vida familiar. Como reconoce el Tribunal Constitucional en su sentencia nº 22/1984 de 17 febrero (FJ 5º) “...*el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella*”²⁹². Tal como recoge el artículo 5 del

²⁹¹ DE ASÍS ROIG, R. “Sobre discapacidad y derechos”. Ob. Cit. Pág. 142.

²⁹² En este mismo sentido, las sentencias 94/1999, de 31 de mayo (FJ 5º) y 119/2001, de 24 de mayo (FJ. 6º).

TRDPCDYS, se prescribe un ámbito especial de aplicación del principio de igualdad de oportunidades, en relación con la edificación según dispone el apartado, refiriéndose a: “b) *Espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación*”. Sensus contrario, por lo tanto, la falta de accesibilidad determina una situación discriminatoria.

El artículo 47 de la Constitución Española declara el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, debiendo los poderes públicos promover las condiciones necesarias y las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho. El mismo, como afirma GARCÍA MACHO, no puede ser exigido individualizadamente como derecho público subjetivo, sino que corresponde su desarrollo a los poderes públicos y especialmente al Gobierno; ahora bien, no es posible dejar de lado que se trata de un derecho de prestación existencial cuyo disfrute garantiza la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, además de otros derechos como la intimidad personal o la inviolabilidad de domicilio; cabe la posibilidad de su alegación ante el Tribunal Constitucional, para lo cual cita el autor la STC 17/1981, de 1 de junio de 1981 (B.O.E. de 16.6.81), en la que el Tribunal ha considerado que los derechos fundamentales sociales del capítulo tercero, Título I tienen que ser declarados por el legislador, pero en caso de no desarrollo por éste, su omisión puede ser enjuiciada e incluso suplida por el alto tribunal²⁹³.

Hoy en día, por la repercusión mediática que han generado los movimientos sociales, la política de vivienda resulta un ejemplo paradigmático de DESC, no sólo por la denuncia de la nula acción de los poderes públicos para la preservación del interés general, evitando los movimientos especulativos que pudieran tirar al alza los precios de mercado, sino la correspondiente inacción para implantar una adecuada política de vivienda que satisfaga de forma suficiente las aspiraciones de los colectivos en riesgo de exclusión.

²⁹³ GARCÍA MACHO, R. “*Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*”. Madrid. Instituto de Estudios de Administración Local, 1982. Versión online disponible en <http://www.inap.es/biblioteca-digital>. Págs. 204-205.

Establecidos los parámetros en los que me voy a mover, la redacción del precepto constitucional permite un anclaje suficiente para las aspiraciones del colectivo que analizo, fundamentalmente a través de los dos conceptos que califican la vivienda, según el legislador constitucional: que sea digna y adecuada. Estos mismos aspectos figuran recogidos en el art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y en el artículo 11 del PIDESC; asimismo, el derecho a una vivienda digna está recogido en la Carta Social Europea (art. 16 y 19.4.c, y especialmente en su versión revisada de 1966 (art. 30 y 31). No obstante esta fundamentación jurídica, un reciente estudio concluye que un 23 por 100 de las personas sin hogar padece discapacidad (cinco veces más que la población general de edad similar), pero sólo el 12 por 100 de ellas dispone del certificado que lo acredita, lo que dificulta su acceso a prestaciones y empleo protegido²⁹⁴.

Respecto del acceso a la vivienda, como afirma PISARELLO, nadie sostiene que el reconocimiento del derecho social a la vivienda deba traducirse en la obligación automática de los poderes públicos de proporcionar una casa gratis a todo el que lo requiera, sino la imposición de un conjunto de obligaciones a los poderes públicos que se traduzcan en la adopción de medidas que erradiquen discriminaciones arbitrarias, el deber de minimizar los desalojos forzosos o garantizar los derechos de información y participación en los planes y programas de vivienda²⁹⁵, como las que ya he apuntado. Para un grupo afectado por permanentes circunstancias de exclusión y que soportan unos costes elevados derivados de la existencia de una discapacidad, resulta básico articular herramientas que faciliten el acceso a una vivienda en el marco de las políticas públicas como uno de los destinatarios prioritarios de las mismas. Una vivienda digna resulta fundamental para la supervivencia y para llevar una vida segura, independiente y autónoma²⁹⁶. Respecto de la segunda circunstancia de que esa vivienda sea “*adecuada*” el Comité DESC de Naciones Unidas entiende que debe reunir ciertas condiciones, entre las que se

²⁹⁴ Así lo concluye el estudio “*Discapacidad y personas sin hogar*”. RAIS Fundación. https://www.raisfundacion.org/sites/default/files/present_datos_discap_ONCE_RAIS_v3.pdf Programa Operativo Pluriregional de “*Lucha contra la Discriminación*” 2007-2013, cofinanciado por el Fondo Social Europeo.

²⁹⁵ PISARELLO, G. /OBSERVATORIO DESC. “*Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción*”. Ed. Icaria. 2003. Pág. 20.

²⁹⁶ Idem. Pág. 25.

encuentra la que denomina “asequibilidad”; para este órgano de vigilancia, la vivienda asequible debe ser aquélla que permita a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda, con especial consideración a grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, o los incapacitados físicos, entre otros²⁹⁷. Esta condición de adecuación se convierte en una demanda adicional de accesibilidad, que garantice unas condiciones mínimas para el desenvolvimiento de la esfera privada del individuo, en relación con las personas con discapacidad; derecho que ha tenido una acogida más lenta. Un ejemplo de ello pero en un sentido contrario, es la STS de 1 de abril de 2003 (Recurso de Casación núm. 2437/1997) que rechaza la pretensión del comprador de incumplimiento de la vendedora porque la vivienda era inhábil para la discapacidad que sufría un hijo de aquél, considerando la sentencia que en ningún momento en el contrato se hizo alusión alguna a la problemática familiar de los compradores, ni se pactó estipulación alguna por la que la vivienda debiera reunir condiciones especiales para ser apta al uso de un “minusválido”, ni se puso en conocimiento del vendedor tal circunstancia (F.D. 2º). La vivienda debía de haber sido accesible y, para ello, para defender los derechos de las personas con discapacidad en cuanto derecho fundamental, no hacía falta pacto alguno. Afortunadamente, como voy a indicar en este apartado, el sentido de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha variado.

La falta de accesibilidad para las personas con discapacidad en los edificios sujetos a la Ley de Propiedad Horizontal es una de las consultas que genera una mayor discriminación entre las personas con discapacidad²⁹⁸. No obstante, ya en el año 1997 la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo había conocido en Recurso de Casación 638/1994 la impugnación del acuerdo de una Junta de Propietarios para aprobar el proyecto básico y de ejecución para la instalación de un ascensor en el edificio que carecía del mismo; al respecto

²⁹⁷ ONU. Observación general nº 4. Sexto período de sesiones 1991. Según recopilación disponible en documento HRI/GEN/1/Rev.7 Ob. Cit. Pág. 23.

²⁹⁸ MORAL ORTEGA, O. “Las situaciones de discriminación de las personas con discapacidad en España: vulneraciones más extendidas” en VVAA. “2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España”. Ob. Cit. Pág. 52. También en este mismo sentido “Derechos Humanos y Discapacidad”. Informe España 2012. Colección Convención ONU. Nº 9. Ed. CERMI-Ediciones Cinca. 2013. Pág. 29.

el Tribunal se pronuncia en la Sentencia 797/1997, de 22 de septiembre, de la forma siguiente: *“La instalación de ascensores que facilitan la movilidad de los minusválidos -incluso favorece a las personas de avanzada edad-, al no tener que usar forzosamente las escaleras de acceso, es uno de los supuestos que contempla el precepto, en cuyo caso el acuerdo adoptado es válido si concurre la mayoría cualificada que establece la norma, la que se ha dado en el caso de autos. De esta manera la decisión de los copropietarios resulta ajustada a la legalidad, al estar amparada por la reforma hecha referencia, que ha venido a dar respuesta positiva al artículo 33 de la Constitución en cuanto a la función social de la propiedad y al 49 que impone a los poderes públicos -incluidos los Tribunales de Justicia- el amparo de los minusválidos, cuyo desarrollo llevó a cabo la Ley 7 abril 1982, a fin de lograr su integración, toda vez que el Estado español asumió la Declaración de Derechos de las personas discapacitadas, aprobada por Resolución 3447 de Naciones Unidas de 9 diciembre 1975 (arts. 54 y 55 del Título IX). Ya la jurisprudencia más reciente de esta Sala, en función interpretativa de la norma, con criterios sociológicos y de adaptación a la realidad social, que autoriza el artículo 3 del Código Civil, ha prescindido de la necesidad de acuerdo unánime en situaciones como la que ahora enjuiciamos casacionalmente y así, aparte de la referencia que ya apunta la Sentencia de 7 julio 1989, ha de tenerse en cuenta las de 13 julio 1994) y 5 julio 1995, al llevar a cabo interpretación integradora de la norma primera del artículo 16, en su antigua redacción, sin necesidad de aplicar retroactivamente la nueva normativa”* (FD 1º). Respecto de los fundamentos jurídicos de la reclamación, la Sala mantiene: *“En el último motivo se denuncia inaplicación del artículo 10 de la Propiedad Horizontal, en razón a que estima el recurrente que dada su oposición al acuerdo de la Junta y tratarse de instalación de ascensor como innovación no necesaria, no debe quedar obligado a satisfacer los gastos correspondientes, al exceder de una mensualidad ordinaria, no operando que se produzca modificación alguna de su cuota contributiva. La modificación llevada a cabo en el artículo 16, dejó subsistente el artículo 10 y su aplicación para eximir de la contribución a los gastos derivados de la colocación y funcionamiento del ascensor en el inmueble del pleito, sólo tiene lugar, conforme la literalidad de dicho artículo 10, párrafo segundo, cuando sea reputada innovación no exigible. La de autos no ha de encuadrarse en tal*

situación, toda vez que la instalación del elevador derivó del acuerdo de la Junta de propietarios, dada la situación concurrente de la minusvalía que afecta a uno de los interesados, como ya queda explicado y de esta manera aun tratándose de obra innovadora, la misma se presenta y ha de ser conceptuada como exigible, dada la redacción actual de la excepción que contiene el artículo 16.1.º, en relación al reconocimiento y eficacia que ha de darse a los derechos de los minusválidos, la que se presenta con notas de imperatividad, en razón a la filosofía y principios que la inspiran, y que también la motivan y justifican, pues en otro caso quedaría vacío el precepto y sometido a los intereses privados, muchas veces egoístas, desprovistos de buena fe y notoriamente carente de solidaridad, para anteponerse al mandato constitucional, ya que la satisfacción de los derechos de los minusválidos es una exigencia social que debe impregnar la conciencia nacional, y hacer útiles las leyes promulgadas a tales fines (FD 2º). Del pronunciamiento jurisprudencial expresado, se extraen varias conclusiones: 1) una decisión de esta naturaleza se fundamenta, aparte de en el artículo 49 del texto constitucional, en la función social que debe reunir la propiedad; 2) aplica como fundamento normas de Derecho Internacional, por lo que estaríamos ante la satisfacción de derechos fundamentales (artº 10.2 y 96.1 CE); 3) el reconocimiento y eficacia que ha de darse a los derechos de las personas con discapacidad tiene carácter obligatorio; 4) la satisfacción de los derechos de las personas con discapacidad es una exigencia social.

A este efecto, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de Adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (BOE 2 agosto 2011, núm. 184) en su Preámbulo destaca como elemento clave e indispensable para la plena efectividad de los derechos de las personas con discapacidad, en relación con el parque de viviendas en alquiler, la modificación de la Ley de Propiedad Horizontal que opera a través de su artículo 15 sobre la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, modificando el apartado 2 del artículo 10 y 3 del artículo 11. Se prevén ayudas públicas, respecto de la Administración General del Estado en la Disposición Adicional octava de la Ley, en el marco de las políticas oficiales de promoción de la vivienda, dirigidas a las comunidades de propietarios para la realización

de actuaciones y obras de accesibilidad que se orienten a la mejora de la calidad de vida de personas con discapacidad y de las personas mayores.

Recientemente, el artículo 10 de la Ley de Propiedad Horizontal ha sido modificado en su totalidad en virtud de la Disposición Final primera de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas (BOE 27/06/2013), otorgándole la redacción siguiente: *“1. Tendrán carácter obligatorio y no requerirán de acuerdo previo de la Junta de propietarios, impliquen o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, y vengan impuestas por las Administraciones Públicas o solicitadas a instancia de los propietarios, las siguientes actuaciones: a) Los trabajos y las obras que resulten necesarias para el adecuado mantenimiento y cumplimiento del deber de conservación del inmueble y de sus servicios e instalaciones comunes, incluyendo en todo caso, las necesarias para satisfacer los requisitos básicos de seguridad, habitabilidad y accesibilidad universal, así como las condiciones de ornato y cualesquiera otras derivadas de la imposición, por parte de la Administración, del deber legal de conservación. b) Las obras y actuaciones que resulten necesarias para garantizar los ajustes razonables en materia de accesibilidad universal y, en todo caso, las requeridas a instancia de los propietarios en cuya vivienda o local vivan, trabajen o presten servicios voluntarios, personas con discapacidad, o mayores de setenta años, con el objeto de asegurarles un uso adecuado a sus necesidades de los elementos comunes, así como la instalación de rampas, ascensores u otros dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan la orientación o su comunicación con el exterior, siempre que el importe repercutido anualmente de las mismas, una vez descontadas las subvenciones o ayudas públicas, no exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes. No eliminará el carácter obligatorio de estas obras el hecho de que el resto de su coste, más allá de las citadas mensualidades, sea asumido por quienes las hayan requerido....2. Teniendo en cuenta el carácter de necesarias u obligatorias de las actuaciones referidas en las letras a) a d) del apartado anterior, procederá lo siguiente: a) Serán costeadas por los propietarios de la correspondiente comunidad o agrupación de comunidades, limitándose el acuerdo de la Junta a la distribución de la derrama pertinente y a la determinación de los términos de su*

abono. b) Los propietarios que se opongan o demoren injustificadamente la ejecución de las órdenes dictadas por la autoridad competente responderán individualmente de las sanciones que puedan imponerse en vía administrativa.

c) Los pisos o locales quedarán afectos al pago de los gastos derivados de la realización de dichas obras o actuaciones en los mismos términos y condiciones que los establecidos en el artículo 9 para los gastos generales”. La

Disposición derogatoria Única de la Ley deja sin efecto el artículo 11 de la LPH, con el fin de acomodar la redacción al texto del artículo 10, donde quedan reguladas las acciones de accesibilidad en el marco de las Juntas de Propietarios. Esta reforma ha sido calificada por el CERMI como “*tímido avance*”; y ello justificado, porque pese a la redacción legal, 1.5 millones de personas con discapacidad o mayores de 70 años residen en inmuebles con graves carencias de accesibilidad²⁹⁹. La fórmula no deja de tener flecos; si se tiene en cuenta la merma de ingresos que, según las estadísticas que he recogido en capítulos anteriores, conlleva la discapacidad, la única alternativa que se formula para superar el límite económico anual repercutible a la Comunidad, sería que la propia persona afectada cubriese los gastos de la reforma de su propio bolsillo, con el fin de evitar que la obra se reconduzca a las mayorías cualificadas del artículo 17.2 de la LPH, o que se esa diferencia se pudiese complementar con ayudas públicas. La consecuencia que conlleva esta situación es la imposibilidad de ciertas personas afectadas por una discapacidad de poder salir incluso del edificio y poder salir a la calle, con el fin de obtener prestaciones básicas como las de salud. Aquí sin duda produciría un efecto dinamizador de la accesibilidad una reserva prioritaria de fondos públicos con el fin de alocar los recursos públicos necesarios para facilitar las medidas de adaptación. La falta de recursos en situación de crisis económica, y el deficiente sistema de distribución de competencias entre las Administraciones públicas en el ámbito de la vivienda, dejan en el alero la reforma así emprendida. ¿Es que no hay un mayor ataque a la libertad personal que la imposibilidad del libre desplazamiento?

Si se hablase en relación con los derechos de las personas con discapacidad en clave de derechos, resultaría consustancial al funcionamiento

²⁹⁹ “El Mundo”. Suplemento “Su Vivienda”. 01.11.2013. Ed. Papel. Pág. 4.

democrático de la vida en sociedad que se respeten esos derechos, que constituyen un elemento fundante del sistema; por ello, a mi juicio, resulta justificado que el sector de la discapacidad demande una socialización completa del coste de realización de obras y actuaciones de accesibilidad, sin sometimiento a límites de coste o mayorías cualificadas en aquellos edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal en los que vivan personas con discapacidad o mayores de 70 años que así lo soliciten, de igual forma que se puede exigir la contribución de los vecinos al sostenimiento de los elementos comunes. Sólo por esta vía puede llegar a decirse que se respetan los derechos de los grupos sociales en riesgo de exclusión; este respeto no resulta una responsabilidad exclusiva de las personas afectadas, sino de la sociedad en conjunto. Asimismo, de esta manera se daría cumplimiento al principio constitucional que exige que la vivienda sea accesible.

El Tribunal supremo en una sentencia de fecha 10 de octubre de 2013 dictada en Recurso de Casación (Rec. Nº 1161/2011), de la que ha sido Ponente el Magistrado don Xavier O'Callaghan Muñoz ha analizado el recurso interpuesto por los padres de una persona con discapacidad, y anula el acuerdo mayoritario adoptado en Junta de Propietarios por el que se denegó la autorización interesada para realizar obras que permitieran adaptar la piscina comunitaria a fin de que pudiera ser usada por aquélla, por no suponer dichas obras un perjuicio para la comunidad ni para el resto de propietarios; los padres habían instado la autorización para instalar una silla, brazo o elevador en la piscina que permitiera bañarse a su hijo, asumiendo los gastos de instalación y mantenimiento y detallando los caracteres del aparato, con anclaje sencillo y que no quedaba como fijo en la piscina, sino que se quitaba cuando no se usase. Con cita del artículo 396 del Código Civil, del artículo 49 de la Constitución, y de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Sala declara en su fundamento de derecho segundo: *“De todo ello se desprende que la protección del discapacitado alcanza a múltiples aspectos de la vida cotidiana, entre los cuales se cuenta el acceso a un elemento común -como la piscina- en un edificio bajo el régimen de propiedad horizontal, no siendo admisible en derecho -aún mayoritario- de la denegación de autorizar una determinada instalación, que no se ha probado -ni siquiera alegado- que pueda perjudicar o dañar a otros miembros de la misma”*.

En su fundamento de derecho tercero se estima una infracción del artículo 10.2 de la Ley de Propiedad Horizontal que exige a la comunidad realizar las actuaciones y obras -desde luego, incluye la autorización para llevarlas a cabo- para que una persona con discapacidad pueda hacer uso de los elementos comunes, entre los que se incluye una piscina comunitaria, calificando la actuación de la comunidad como un abuso del derecho.

Como instrumento eficaz complementario en la política pública de vivienda, el artículo 19 de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de Adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ya citada, había modificado el texto de la derogada LISMI en el apartado 1 del artículo 57, en el sentido de fijar una cuota del cuatro por ciento en el parque de viviendas protegidas, que debería reunir los requisitos de accesibilidad para las personas con discapacidad. Cuando estas viviendas se destinen a alquiler, el precepto modificado preveía que se adjudicasen preferentemente a personas con discapacidad o *“a asociaciones o fundaciones integradas en el sector no lucrativo de la discapacidad”*, siempre que en este último supuesto se destinasen por esas entidades a usos sociales de inclusión y promoción de la vida autónoma como viviendas asistidas, compartidas, de apoyo o a proyectos de vida independiente de personas con discapacidad. Este precepto resultaba innovador en el sentido de prever una fórmula de intervención institucional de las entidades del Tercer Sector diferente al ejercicio de acciones colectivas que preveía el artículo 19 de la derogada LIONDAU. Al mismo tiempo, como no podía ser de otro modo, recogía una medida de acción de fomento en relación con la vida independiente que figura recogido en la Convención. La modificación introducida por la Ley de adaptación se puede decir que ha resultado tímida.

Estos términos han sido reproducidos en el vigente TRDPCDYS que en su artículo 32.1 mantiene la reserva del mínimo del cuatro por ciento de viviendas accesibles en el marco de los proyectos de viviendas protegidas; asimismo, prevé el precepto que como destinatarias figuren las personas con discapacidad individualmente consideradas, unidades familiares con alguna persona con discapacidad, o las entidades sin ánimo de lucro del sector de la discapacidad, siempre que en este último supuesto se destinen por esas

entidades a la promoción de la inclusión social de las personas con discapacidad y de la vida autónoma, como viviendas asistidas, viviendas compartidas, viviendas de apoyo o a proyectos de vida independiente de personas con discapacidad. Estas medidas se extienden a los proyectos de viviendas de cualquier otro carácter que se construyan, promuevan o subvencionen por las administraciones públicas y demás entidades dependientes o vinculadas al sector público (ap. 2).

El análisis del respeto de los derechos de las personas con discapacidad, en relación con el sector de la vivienda resulta desolador. Faltan herramientas jurídicas potentes que permitan obtener el reconocimiento del derecho a una vivienda accesible, pese al carácter esencial que tiene para el disfrute pleno de la libertad de la persona.

Reformas tímidas van en la dirección adecuada, pero resultan demasiado lentas para la entidad del derecho que se encuentra en juego. Por otro lado, las medidas legislativas apuntadas resultan insuficientes; así lo refleja el informe de CERMI: *“El mayor número de quejas corresponde a barreras en edificios privados, en concreto por la inadecuación de los elementos comunes y acceso a las viviendas en las comunidades de propietarios, en especial por la instalación de ascensores. Estas quejas frecuentemente no pueden ser admitidas a trámite por no ser competente el Defensor del Pueblo para actuar. Finalmente, y en relación con la Comunidad de Madrid, se debe indicar que han llegado quejas sobre retrasos en la subvención para instalar ascensores, y esta se demora porque se retarda la calificación provisional de actuaciones protegibles de rehabilitación de edificios. Como es lógico, los reclamantes no se conforman con que la instalación de ascensores haya sido ya acometida plenamente a su costa). También se reciben quejas por retrasos en el abono de las ayudas concedidas”*³⁰⁰.

³⁰⁰ CERMI. *“Derechos Humanos y Discapacidad”*. Informe España 2013. Ob. Cit. Pág. 82.

CAPÍTULO II.- LA ACTUAL ARTICULACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO DERECHO SOCIAL.

1. Cuestiones previas

La tradicional situación de exclusión del grupo social de personas con discapacidad ha otorgado un plus a su tradicional demanda de justicia. La insuficiencia de la respuesta del ordenamiento jurídico frente a los ataques sufridos por este grupo humano al que se han abierto frentes de distinta naturaleza, se ha plasmado en un grupo de derechos que, sobre la base de la consideración de determinadas condiciones de carácter material, se han calificado como derechos sociales, o el concepto más amplio de derechos económicos, sociales y culturales (DESC), en el que aquéllos se han integrado. La primera denominación de las indicadas contrapone lo social a lo individual, pues siendo una persona o un grupo determinado el que va a resultar beneficiado, produce efectos de relevancia para toda la colectividad. Este proceso ha sido analizado por CASCAJO, quien apunta que, según sea el ordenamiento jurídico de referencia, podrá verse cómo este tipo de derechos van más allá de la esfera del trabajo, para ocuparse de otros bienes jurídicos, al tiempo que se conciben como derechos individuales y de grupo, es decir, en su vertiente personal y colectiva, y también como derechos potencialmente universales o derechos específicos vinculados a grupos concretos³⁰¹.

La segunda, apunta a que estos derechos se han visto generados en su configuración actual como fruto de un proceso al que se denomina especificación, reconociendo determinados derechos a grupos y ámbitos

³⁰¹ CASCAJO CASTRO, J.L. “*Derechos sociales*”. Cuadernos de derecho público, 2009. Nº 37, mayo-agosto 2009, Pág. 16. Versión online, disponible en: <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=viewFile&path%5B%5D=9852&path%5B%5D=10059>

tradicionalmente en riesgo de exclusión. No obstante, en el momento actual ambas denominaciones resultan sinónimas, como expondré más adelante.

La primera dificultad desde el punto de vista conceptual radica en que el propio PIDESC no define estos derechos. Un acercamiento a su figura nos lo da el preámbulo del Pacto aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, en el que cita como fundamentación de estos derechos: *“la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables; estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana; no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”*.

Ya este solo razonamiento da una muestra de los problemas de fundamentación jurídica que voy a tratar de desbrozar en el presente trabajo. No obstante, antes de abordar la problemática conceptualización de esta categoría, entiendo preciso destacar unas cuestiones previas que van a afectar el desarrollo teórico posterior que voy a llevar a cabo.

Aparte del propio de la categoría de derechos que expreso, otro de los conceptos que forma parte de la ecuación que se contiene en el título de este trabajo es el concepto de discapacidad. Centrándome en este aspecto, es clásica la definición que contiene la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) de la OMS, que define la discapacidad como la interacción entre las personas que padecen alguna enfermedad y factores personales y ambientales. Es por ello que el estudio que llevo a cabo resulta, a mi juicio, complejo; no es sólo que las causas de las lesiones que sufren los derechos de las personas con discapacidad resulten exógenas a quienes las padecen, sino que la propia interacción de estas personas en el entorno social las agrava. Es por ello, que en este trabajo abogo por un análisis de las causas y soluciones de forma transversal, como viene manteniendo el movimiento asociativo que defiende los derechos de estas personas; pero, a la vez, resulta dinámico, en la propia medida que la percepción de la discapacidad y la situación de las personas afectadas

evoluciona; otro tanto ocurre con la interacción de la discapacidad con las necesidades que genera la inclusión de esa persona en el entorno social. Debe mantenerse un sistema de protección efectivo de los derechos de estas personas, y eficaz. Para ello, los derechos sociales, o los DESC en la denominación que he elegido, deben ser reconocidos en idéntica condición al resto de derechos fundamentales, como expreso en el título del presente trabajo.

Antes de iniciar el desarrollo del estudio sobre el concepto y fundamento de los derechos sociales, debo iniciar con algunos conceptos.

1.1. El concepto de derecho

Con el fin de precisar si los derechos sociales presentan la configuración propia del resto de los derechos fundamentales, resulta preciso ahondar en este concepto de derecho que ambas categorías comparten. Como apunta el profesor DÍAZ, Derecho es aquel conjunto de normas cuyo cumplimiento puede hacerse efectivo incluso por la fuerza; aquellas normas que —en cuanto sistema— logran hacerse obedecer en un grupo social, teniendo tras de sí la fuerza de la coacción-sanción formalizada e institucionalizada; no todas las especies de normas tienen tras de sí esa fuerza (algunas ni lo pretenden); resulta ser, por tanto, Derecho, el que se impone como tal, aquél que tiene fuerza para ello: sin fuerza no hay Derecho; sin fuerza que lo respalde, un ordenamiento no tiene propiamente carácter jurídico³⁰². No obstante, como indica el profesor, el Derecho es, además de ética (alguna ética), fuerza que regula el uso de la fuerza³⁰³. Este elemento ético permite que el Derecho no lo sea sólo del más fuerte, sino del más justo. Por cuanto que el Derecho resulta la plasmación de una fuerza social, la idea de justicia a la que responde no resulta la satisfacción de un interés individual, sino social, del conjunto de la comunidad, si bien respetando al mismo tiempo las condiciones particulares del individuo en el que esa idea de justicia se particulariza. El interés público es lo

³⁰² DÍAZ, E. “*El Derecho: la razón de la fuerza y la fuerza de la razón*”. Ed. Universidad Carlos III de Madrid. Instituto Bartolomé de las Casas: Boletín Oficial del Estado. 1993. Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Feb-oct 1993. Pág. 210.

³⁰³ Idem. Pág. 212.

que otorga valor ético al Derecho. Es la voluntad general dada a priori la única que determina lo que es Derecho entre los hombres³⁰⁴.

Para HOBBS el derecho consiste en la libertad de hacer o de omitir; diferencia este concepto respecto del de Ley, dado que resulta aquella mediante la que se determina a hacer u omitir alguna de esas dos cosas³⁰⁵. La Ley es, por lo tanto, el mandato en el que se plasma el Derecho. Dos son las acepciones que guardan relación con el concepto que manejamos: la primera referiría al problema de la fundamentación del ordenamiento jurídico y, las relaciones entre Derecho y moral; la segunda, lo hace al concepto de derecho, al ámbito de poder que confiere al sujeto titular la aplicación de la Ley. La historia de la filosofía del Derecho resulta una respuesta a la primera cuestión, con muy variadas respuestas, centradas en dos ejes principales: el individualismo, representado por autores como Kant, Heggel o Hobbes, y su contra-reacción en autores como Fichte o Krause, o Ahrens. El individualismo responde a una tradición aristotélica, que fue perpetuada por el Derecho Romano e incorporada en el Derecho moderno a través de la codificación; su más perfecta plasmación son los derechos de autonomía, fruto de una concepción de libertad negativa, como recojo más adelante en este capítulo. Las tesis contra-individualistas son muy variadas, si bien mantienen, fundamentalmente, que el Derecho persigue unos valores superiores, entre los que se encontraría la creación de unas condiciones exteriores e interiores para realizar una *“vida razonable”*, como mantiene Karl Krause. En la tesis radical de este grupo se encontraría FICHTE, quien llega a mantener una identificación absoluta entre Derecho y moral. Estos últimos autores confían a la idea de Derecho una función de integración, no de subordinación; a ello llegan a través de distintas consideraciones organicistas de la sociedad, en sus interrelaciones con el Estado. Independientemente de la posición concreta que se pueda extraer de la alineación doctrinal con uno u otro autor, lo cierto es que, a mi juicio, estos autores aportan una idea que subyace en el Derecho en general y en el derecho social, en particular: que el Estado, en cuanto autoridad, y el Derecho como su instrumento para impartir justicia, no puede dar la espalda a

³⁰⁴ KANT, I. *“Sobre la paz perpetua”*. Alianza Editorial. 2006. Pág. 94.

³⁰⁵ HOBBS, T. *“Del ciudadano y Leviathan”*. Antología de Textos Políticos. Edición de Enrique Tierno Galván. Ed. Tecnos. 2013. Pág. 148.

las demandas de la sociedad, sino que se pone a su servicio. La ley nunca puede ser contra la razón; la ley no es la letra, sino lo que está de acuerdo con la intención del legislador³⁰⁶.

El objeto tradicional del Derecho conlleva la evitación de los conflictos en el seno del conjunto de la sociedad; implícitamente, por lo tanto, la producción de aquél presupone una función de integración: para que nadie deba recurrir a medios externos a la comunidad, con el fin de obtener satisfacción de sus intereses. No obstante, a mi juicio, estos conflictos no surgen con igual intensidad en el seno de todos los grupos sociales, aparte de que existen grupos especialmente sensibles a las propias barreras que la sociedad genera. En este aspecto, reside la especial funcionalidad de los DESC, que estudio.

Una vez abandonado con el positivismo la fundamentación exclusiva del Derecho en la moral³⁰⁷, propia del iusnaturalismo imperante hasta ese momento, resultaba preciso analizar cuál era el fundamento de aquél, el mínimo moral que le otorgaba aceptabilidad en la comunidad social. En el supuesto de que la fría norma no dispusiera de la fundamentación indicada, resultaría que lo que se obtendría sería una mera institucionalización del ordenamiento jurídico; el Derecho sería un mero conjunto de normas que emanan de los poderes constitucionales de acuerdo con el sistema de fuentes, y nada más. Por la vía del positivismo, se confundiría Derecho con ley; no se conocerían cuáles son los límites a partir de los cuales el Derecho resultaría un Derecho injusto; lo que MACCORMICK denomina “*no derecho*” o “*una corrupción del derecho*”³⁰⁸.

Dado que no resulta aceptable esta teoría en términos absolutos, la positivización de la Ley obliga a plantearnos de forma automática la cuestión relativa a su fundamento de validez, al conjunto de valores que la inspiran; valores que deben resultar universales para que resulten aceptados en el seno de la comunidad social. Como indica HABERMAS: “*el derecho son dos cosas a la vez: un sistema de conocimiento y un sistema de acción. Es igualmente posible entender el derecho como un texto, compuesto de proposiciones*

³⁰⁶ Idem. Pág. 227.

³⁰⁷ En este sentido, MACCORMICK, N. “*Instituciones del derecho*”. Ed. Marcial Pons. 2011. Pág. 344, indica que el positivismo jurídico, en sus formas más austeras y rigurosas, excluye absolutamente la posibilidad de que exista un mínimo moral que sea necesario para la existencia del derecho como tal.

³⁰⁸ Idem. Pág. 343.

*legales y sus interpretaciones, y verlo en cuanto institución, esto es, como un conjunto de acción normativamente regulada*³⁰⁹. Es en este segundo aspecto donde se entremezclan las motivaciones y los valores a los que responde. Un régimen democrático no puede participar exclusivamente de la primera acepción, sino que debe profundizar en la segunda. Muy frecuentemente, utilizamos las reglas de interpretación para extraer el valor literal de los preceptos, olvidándonos de aplicar estas mismas reglas, con el fin de maximizar, en un ámbito personal de libertad, el disfrute de los derechos. Un sistema jurídico pierde su valor en el primer caso. El Derecho debe hacer algo más que simplemente satisfacer los requerimientos formales de una sociedad compleja, como la nuestra; debe también satisfacer las condiciones precarias de integración social, acción que, en último extremo, tiene lugar a través de la satisfacción de las necesidades de entendimiento mutuo entre sujetos activos que se comunican unos con otros, en el entorno social, y que se manifiesta a través de demandas de validez del sistema jurídico³¹⁰. Aquí es donde reside el reto del sistema jurídico; por ello, el sistema debe ser no sólo válido, sino eficaz para ser justo.

Por medio del derecho social se canalizan las expectativas de comportamiento que produce la compleja estructura social, en la que se plasman un conjunto de anhelos vitales diferenciados. A ellas se les da relevancia a través del proceso de especificación de los derechos, en un afán de compaginar la imprescindible universalización del ordenamiento, con la consideración del individuo. Por esta vía, el elemento vertebrador de la sociedad transforma una heredada aspiración de solidaridad, en una forma abstracta de aspiración de legitimidad.

En la concepción moderna del Derecho, como consecuencia del proceso de secularización del Estado, se abandona la clásica fundamentación del Derecho en la religión o en la persona del monarca, para afianzar la plasmación en aquél de las aspiraciones individuales de sus ciudadanos. La fundamentación del Derecho no responde a una estructura de Derecho natural

³⁰⁹ *"Law is two things at once: a system of knowledge and a system of action. It is equally possible to understand law as a text, composed of legal propositions and their interpretations, and to view it as an institution, that is, as a complex of normatively regulated action". HABERMAS, J. "Between Facts and Norms". Ed. Polity Press. 2011. Pág.79.*

³¹⁰ En este sentido, Idem. Pág. 83.

inalienable, como límite indisponible frente al monarca, como recogían las originarias declaraciones de derechos, sino que responde a las líneas directrices establecidas en el texto constitucional que ha sido otorgado y sancionado fruto del ejercicio de la soberanía popular. El Derecho no responde, en consecuencia, a una estructura sistémica que se retroalimenta en función de unos principios o valores mínimos que perviven en el seno del ordenamiento, sino que responde a una estructura fundamental: las necesidades de sus ciudadanos y ciudadanas; aquello que representa su contenido mínimo indisponible, las necesidades básicas de éstos, como analizaré más adelante. Es por ello que el Derecho debe gozar de la flexibilidad necesaria para acoger la satisfacción de las necesidades sociales, dentro del marco constitucional. HABERMAS incide en este aspecto, entendiendo que el Derecho no puede limitarse a cumplir los requisitos funcionales de una sociedad compleja, sino también satisfacer las precarias condiciones de la integración social³¹¹.

Todo el Derecho plantea una doble vertiente que da lugar a una concepción diversa de los derechos: una subjetiva y otra objetiva. Esta doble dimensión resulta, asimismo, aplicable a los derechos fundamentales y sociales, por igual. La primera, hace hincapié en las facultades o posiciones subjetivas positivas o negativas que atribuye a su titular, frente al poder; sobre la base de la segunda, se instituirían como principios que imponen a los poderes públicos el deber de tutelar las instituciones públicas o institutos privados que hacen posible el ejercicio mismo de los derechos³¹². Respecto de la primera vertiente, una de las debilidades de los derechos sociales es, precisamente, su justiciabilidad³¹³; los mecanismos de defensa que el ordenamiento jurídico brinda a sus titulares, con el fin de lograr su efectividad. No obstante, dado que este grupo de derechos reúne, como he indicado, todos los elementos que configuran los restantes derechos reconocidos, el motivo de la falta de reconocimiento de su justiciabilidad no se encuentra en ellos mismos, sino en causas exógenas, a las que voy a hacer referencia en este

³¹¹ HABERMAS, J. *“Facticidad y validez”*. Ed. Trotta. 4ª ed. 2005. Pág. 148.

³¹² En este sentido, PISARELLO, G. /OBSERVATORIO DESC. *“Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción”*. Ob. Cit. Págs. 107-108.

³¹³ COURTIS la define como: *“la posibilidad de encaminar ante una autoridad imparcial un reclamo cuando la persona obligada incumple sus deberes”*. COURTIS, C. *“La justicialidad de los derechos de las personas con discapacidad”* en VARIOS AUTORES. *“Tratado sobre Discapacidad”*. Ob. Cit. Pág. 792.

capítulo. Como afirma CASCAJO: *“el hecho de que estén insuficientemente protegidos, y en este sentido puedan ser poco efectivos, deriva de su desconocimiento y no de una pretendida particularidad intrínseca, porque la efectividad no es una condición de la existencia de la norma sino de su cumplimiento”*³¹⁴. En numerosas ocasiones, resulta más fácil denegar una reclamación legítima de esta naturaleza que analizar qué bienes pueden resultar satisfechos mediante la acción pública, que el reconocimiento de estos derechos podría reportar. Respecto de la segunda vertiente, se deducen de su titularidad, en consecuencia, las facultades siguientes: 1) derecho a un contenido mínimo inviolable; al respecto, el Comité de DESC de Naciones Unidas, de hecho, ha sostenido que los poderes públicos tienen la obligación de asegurar en todo momento, incluso en épocas de crisis o de dificultades fácticas, al menos los niveles esenciales de cada uno de los derechos; 2) la imposición a los poderes públicos de la prohibición de discriminación; 3) la imposición a los poderes públicos del deber de no regresividad; 5) la imposición a los poderes públicos del deber de cumplimiento progresivo.

Respecto de la segunda acepción, la objetiva, tengo que decir que quizás este vínculo muy frecuentemente se nos olvida; el derecho, en cuanto poder o facultad contenida en el mismo, como derecho de carácter subjetivo, ha de ser un instrumento de justicia. Como manifiesta GURVITCH: *“Cualquier tentativa para determinar la noción del derecho sin recurrir a la idea de Justicia, ya se efectúe a través de procesos <formalistas>, <psicologistas>, <sociologistas>, está de antemano condenada al fracaso”*³¹⁵. Centrado así en ésta el eje del Derecho, resulta preciso determinar qué se debe entender por el concepto de Justicia. Por tal, en la definición del jurisconsulto Ulpiano, sería la voluntad de dar a cada uno lo que merece. A partir de la idea de justicia, como elemento axiológico del Derecho, puede ser definido éste, siguiendo a GURVITCH como: *“un orden positivo que representa un intento de realizar en un medio social dado la Justicia por medio de un conjunto de reglas multilaterales de carácter imperativo-atributivo, que instituyen una*

³¹⁴ CASCAJO CASTRO, J.L. *“Derechos sociales”*. Cuadernos de derecho público, 2009. Nº 37, mayo-agosto 2009, Pág. 27. Versión online, disponible en: <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=viewFile&path%5B%5D=9852&path%5B%5D=10059>

³¹⁵ GURVITCH, G. *“La idea del Derecho Social”*. Ed. Comares. 2005. Pág. 106.

*interdependencia estrictamente determinada entre deberes y pretensiones correspondientes, extraen su fuerza obligatoria de los <deberes normativos>, y admiten en ciertos casos la posibilidad de ser realizados por la coacción, sin exigirla necesariamente*³¹⁶. En un sistema democrático de tipo formalista, por justo se debería entender el contenido de las leyes; no obstante, ese positivismo carente de alma debe ser reconducido en aras a obtener para los distintos grupos sociales que conforman el Estado aquello que precisan; puede haber en una sociedad un conjunto de principios que permitan extraer una idea de justicia, pero la realización de la justicia consistirá siempre en plasmar todos esos principios sobre la situación de una persona concreta, sus condiciones personales y sociales. Por eso, la exacción de la justicia será siempre individual, aunque, por derivación, pueda quedar satisfecho el anhelo social de justicia.

Para un grupo humano en riesgo de exclusión como las personas con discapacidad lo justo sería la supresión de aquellas barreras que impiden disfrutar por cada uno de los individuos afectados la igualdad material de la que resultan merecedores por su condición humana. Para alcanzar ese objetivo el ordenamiento debe instituir derechos y acciones específicos o una visión transversal del ordenamiento jurídico con un sesgo favorable a los derechos de este grupo social. Debo recordar que la justicia no tiene un sentido único, sino que a los preceptos de derecho se les otorga una eficacia que en algunos casos resulta retributiva (derecho penal), en otros, resulta distributiva (derecho privado) o correctiva. Mediante esta última finalidad, se pretende restaurar el esquema general de derechos dentro del cual los intercambios del mercado pueden operar de una manera justa³¹⁷.

Junto al requisito de la justicia, cuando se han analizado las condiciones de validez del Derecho, se ha exigido de éste que sea válido; este elemento ha sido analizado por HABERMAS, para quien las normas legales son válidas cuando armonizan con las normas morales de la comunidad, pero son legítimas en el sentido de que además expresan una auténtica comprensión de la comunidad legal, de los valores e intereses que perviven en ella³¹⁸. Esto

³¹⁶ Idem. Pág. 121.

³¹⁷ MACCORMICK, N. *"Instituciones del derecho"*. Ob. Cit. Pág. 326.

³¹⁸ HABERMAS, J. *"Between Facts and Norms"*. Ob. Cit. Pág. 156.

significa, a mi juicio, que el Derecho no sólo debe ser justo, sino también válido, y legítimo en cuanto satisface los intereses en juego en el seno de un Estado como el español, que es calificado como Estado social en el artículo 1.1 del texto constitucional. En función de este razonamiento, pero en sentido contrario, no será legítimo el derecho que no tenga en cuenta y provea medios para paliar las desigualdades de las personas en riesgo de exclusión.

Todo ello es fiel reflejo de una democracia pluralista en la que a todos los grupos sociales se les garantiza su participación. Se ha de atribuir al Derecho una fuerza creativa que le permita adaptarse a las nuevas necesidades que se plantea en la esfera social; esta fuerza no puede depender de la iniciativa del legislador, sino que los grupos sociales deben tener capacidad para promover o incitar la misma. La organización social no tiene atribuida facultad alguna en el esquema de fuentes, como reconoce, por ejemplo, GIERKE a las comunidades, que gozan de capacidad para crear su propio derecho; no obstante, la presión que los colectivos sociales ejercen sobre el legislador culmina frecuentemente en subsistemas específicos normativos. La mejor manifestación de ello son, a mi juicio, los derechos sociales. Es por eso que veo en estos derechos la esencia de la participación democrática, como desarrollaré en un apartado específico del presente capítulo.

Un aspecto destacado de los derechos, y de los humanos y fundamentales en particular, es su interdependencia; la relación que existe entre unos derechos y otros. Por ello, también, insisto en la relevancia del papel de los DESC en la vida democrática. Sólo mediante una política sistemática e integral, en la que se analicen todos los aspectos de la vida de las personas con discapacidad en sociedad, puede ser garantizado un régimen de vida plenamente autónoma y en libertad. Este es el bien protegido en los derechos sociales.

Desde el punto de vista del contenido, el Derecho estaría constituido por normas, y éstas serían de dos rangos distintos: reglas o principios³¹⁹. Según la atribución que se efectúe por uno u otro contenido, resultaría distinta también la

³¹⁹ ATIENZA, M y RUIZ MANERO, J. “Sobre principios y reglas”. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho Nº 10. 1991. Pág. 107.

relevancia que se otorga a aquéllas. Esta distinción estructural puede ser sustituida por otros valores que se conceden al Derecho como la que formula RAZ, en cuanto razones para la acción. Desde este punto de vista el Derecho se instituye para resolver posibles conflictos sociales e interviene buscando una solución. Otras funciones asignadas al Derecho son la explicativa y la justificativa; desde este análisis, los principios pueden llegar a presentar un rango mayor que las reglas, por ejemplo³²⁰. Esta cuestión tiene su importancia en relación con el tema que analizo, dado que la tradicional falta de justiciabilidad de los DESC proviene de su encuadre sistemático en el Capítulo III del Título I, bajo un título que contiene el enunciado de *“De los principios rectores de la política social y económica”*. Desde el punto de vista que acabo de expresar, la fuerza vinculante que deberían tener los derechos contenidos en el mismo debería ser respetada, sin lugar a dudas. En un apartado posterior voy a tratar de despejar las dudas que pudiera existir sobre la conceptualización de los DESC como auténticos derechos.

1.1.1. Un análisis desde la fundamentación de los derechos

Desde KANT con su concepto de *“imperativo categórico”*³²¹, se ha pretendido dar a los valores que encierra una Ley un valor universal, aquello que justifica a ésta en sí misma, sin necesidad de ningún otro elemento complementario; lo que justifica un deber. De esta manera, un aspecto esencial en relación con los derechos es su fundamentación: desde este aspecto, debo reflexionar sobre qué base los derechos sociales deben ser objeto de una protección especial en paridad con los restantes derechos humanos. En relación con esta cuestión, resulta trascendental desde el punto de vista histórico el análisis de la tensión entre el iusnaturalismo y el positivismo, como fundamentación de los derechos humanos. Según estas dos soluciones históricas tradicionales, los derechos humanos serían derechos originales en cuanto derivación del estado de naturaleza (iusnaturalismo), o como manifestación del poder soberano que legisla y su corolario de discrecionalidad judicial (positivismo). En la práctica, resultaba fácil dar respuesta a la pregunta

³²⁰ En este sentido, Idem. Pág. 116.

³²¹ El primer imperativo categórico de KANT es: *“obra sólo según aquella máxima por la cual puedas querer que al mismo tiempo se convierta en una ley universal”*. KANT, I. *“Fundamentación para una Metafísica de las Costumbres”*. Ob. Cit. Pág. 104.

que planteo, dado que, según la adscripción a una u otra escuela, automáticamente se obtenía respuesta a la misma³²². En la primera, los derechos naturales eran exigibles por voluntad divina; en la segunda, por la voluntad del Soberano, o del Poder legislativo como expresión de la autoridad de la soberanía popular. Este posicionamiento entre el iusnaturalismo-positivismo, resulta hoy en día insuficiente para dar respuesta a las tensiones que se generan en relación con la vigencia de los derechos fundamentales; el motivo de esta afirmación es que el sistema político y el ordenamiento jurídico no pueden olvidar el sentido social de su existencia. El individualismo del iusnaturalismo y el formalismo del positivismo deben dar paso a un sistema político marcado por la atención a las necesidades de los ciudadanos y ciudadanas, y las personas en general, para lograr el grado de efectividad que le es exigido que sólo puede ser obtenido mediante una conexión entre el “sistema” y el ámbito social en el que va a ser aplicado. Tanto una teoría como otra, en el momento actual, carecen de sentido. Como manifiesta FERRAJOLI desde su valoración crítica del positivismo: “...sólo el abandono de cualquier moralismo jurídico permite a la ciencia del derecho reconocer la validez de normas jurídicas con arreglo a parámetros del ordenamiento investigado, prescindiendo a su pesar de toda vaticinable adhesión a parámetros de valoración externa. Y, a la inversa, sólo el abandono de cualquier legalismo ético...permite al análisis político y sociológico identificar y criticar, con parámetros externos y no jurídicos, los perfiles de injusticia o de irracionalidad del derecho positivo”³²³. Una variante excesiva del positivismo es lo que denomina FERRAJOLI “constitucionalismo ético”, que define como la sacralización de los valores constitucionales en cuanto tales, absolutizados e interiorizados como específica ideología jurídica progresista³²⁴. Éste, a mi juicio, es el caso español, dado que durante años se ha venido pecando en nuestro ordenamiento de un reconocimiento de la libertad e igualdad en un sentido estrictamente formal; a la par que se ha olvidado, incluso por el propio Tribunal Constitucional, que incurre a mi juicio de un grave formalismo, de la

³²² No obstante, como apunta FERRAJOLI el positivismo jurídico nace como exigencia iusnaturalista porque inicialmente, antes de consolidarse el monopolio estatal de las fuentes de producción y convalidación jurídica, tal monopolio era visto como un “deber ser” más bien que como un “ser”. FERRAJOLI, L. “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”. Ob. Cit. Pág. 227.

³²³ Idem. Pág. 221.

³²⁴ Idem. Pág. 231.

plasmación práctica de esas mismas libertades: una libertad e igualdad materiales. Aquí es donde residiría, a mi juicio, la justificación del abandono sistemático por los poderes constitucionales que se ha brindado en nuestro país a ciertos grupos humanos, como el de personas con discapacidad.

Una estricta legalidad formal conduce a la arbitrariedad, en la medida en que se dejan a un lado derechos de personas pertenecientes a grupos en riesgo de exclusión, como es el que es objeto de estudio, que deben ser merecedores de protección. Ni desde el iusnaturalismo, ni desde el estricto positivismo, se puede dar una adecuada respuesta al anhelo de justicia que debe perseguir el derecho. Respecto del primero, como manifiesta HABERMAS: *“el derecho natural racional moderno se atiene a una duplicación del concepto de derecho que, considerada sociológicamente, carece de plausibilidad y, considerada normativamente, tiene consecuencias inaceptables”*³²⁵. No se puede mantener, por lo tanto, el Derecho desde un punto de vista iusnaturalista, ni tampoco desde otro positivista; se debe unificar su fundamento, guardando, como manifiesta el autor alemán, entre la moral autónoma y el Derecho positivo una relación de complementariedad³²⁶. Por ello, surgen posiciones intermedias entre ambas teorías, como el dualismo, en cuyo seno se responde esta cuestión en el sentido de que los derechos son instrumentos éticos, impregnados de concepciones morales. La aparición de este tipo de teorías, o la propia aparición de los DESC, en cuanto derecho fundamental social, son la respuesta dogmática a esta insuficiencia del ordenamiento para dar respuesta a estas necesidades. La teoría dualista viene representada por cinco claves: 3 vertientes del concepto integral de los derechos (ética, jurídica, social), ampliable a una cuarta, representado por lo político; la compaginación entre razón e historia; el normativismo corregido; el Estado social y democrático de Derecho; la conexión de los derechos con la ética pública. En relación con el concepto, en el marco de esta teoría, sólo cabe hablar de derechos sobre la base de pretensiones morales justificadas, que han sido incorporadas al ordenamiento jurídico, y susceptibles de ser eficaces en la regulación de las relaciones humanas. La segunda clave, permite la

³²⁵ HABERMAS, J. *“Facticidad y validez”*. Ob. Cit. Pág. 170.

³²⁶ Idem. Pág. 171.

comprensión de los derechos desde el análisis racional de su historia. La tercera clave, del normativismo corregido, se refiere al marco jurídico en el que se desarrollan los derechos, resultando esenciales para su comprensión el análisis de la relación entre Derecho y Poder y Derecho y Moral. La cuarta clave, arroja luz sobre el ámbito jurídico-político en el que se insertan los derechos. La quinta clave, vierte sobre el análisis de los derechos la plasmación de un plan de vida concreto.

El dualismo representa una teoría intermedia entre el iusnaturalismo y el positivismo; no obstante, representa un punto más cercano a éste que al iusnaturalismo, en la medida en que entiende que si un derecho no se encuentra incorporado al ordenamiento jurídico, no hay derecho pese a que se encuentre éticamente justificado. El dualismo da respuesta a la cuestión de la fundamentación, planteando tres grandes problemas: la fundamentación racional, en cuanto que los derechos son instrumentos éticos, impregnados de concepciones morales; la fundamentación concluyente, en cuanto que los derechos protegen diferentes concepciones de la idea de la libertad; la fundamentación universal, con independencia del contexto espacial o temporal en el que se sitúan. Pese a la posición crítica formulada, frente a concepciones estrictamente positivistas, la teoría dualista incorpora al análisis de los derechos los elementos sociales e históricos, que permiten situar su teoría en el esquema de la realidad social, elemento esencial común a cualquier otra institución jurídica en cuanto instrumento regulador de relaciones humanas en el ámbito social. Lo que verifica la viabilidad de esta doctrina. Por todo ello, he elegido esta teoría como ejemplo de un correcto enfoque de la fundamentación de los derechos; todos estos aspectos son igualmente extrapolables a los DESC.

Una cuestión interesante que se deriva de la fundamentación de los derechos, es que un catálogo de derechos representa el reflejo de una concepción ético-social en un momento histórico determinado y que, desde ese punto de vista, la concepción sobre los derechos humanos representa una concepción mutable. Otra cuestión que plantea es la falta de un criterio concluyente en los casos en que se produce una colisión de derechos. ¿Cuál debe ser el derecho imperante? Ciertamente es que la incorporación al análisis de los derechos de elementos socio-históricos, permite situar el contexto de los

derechos en el momento en el que se van a aplicar, siendo éste un aspecto muy positivo de la teoría dualista expresada anteriormente, pues permite una aproximación a la solución en caso de conflicto; no obstante, la que nos da no tiene carácter concluyente. Los derechos humanos son cosas deseables; esto es, fines merecedores de ser perseguidos.

De la búsqueda del fundamento, nace la ilusión del fundamento absoluto; el que no puede ser discutido. Toda búsqueda del fundamento absoluto está, a su vez, infundada. El fundamento de los derechos es la llamada a los valores últimos. Pero éstos no se justifican, se asumen, pues existe una conciencia social sobre su carácter vinculante. Asimismo, aquéllos no pueden realizarse todos a la vez, pues resultan antinómicos. El elenco de derechos humanos resulta ser una clase variable, y se modifican con el cambio de las condiciones históricas. No existen, por lo tanto, derechos humanos por su propia naturaleza; aquéllo que es un derecho fundamental en una época, no lo es en otra. No se puede dar un fundamento absoluto de derechos históricamente relativos. Esta realidad mutable no altera en absoluto la fundamentación de los derechos, precisamente por su conexión con los principios y valores que los fundamentan. A mi juicio, no hay que tener miedo al relativismo. La clase de derechos humanos es heterogénea, por lo que no se debería hablar de fundamento, sino de fundamentos de los derechos del hombre. Hay unos derechos privilegiados, que son los que sirven en todas las situaciones y para todos los hombres; pero son bien pocos los que no se encuentran en concurrencia con otros derechos.

Analizados los derechos desde su fundamento, resultaría la existencia de una antinomia, la que se da entre derechos individuales tradicionales, o libertades, y los derechos sociales, que son poderes, o empoderamientos, más bien, utilizando un concepto al uso en la concepción clásica de estos derechos. De los primeros, se derivan obligaciones negativas, los segundos pueden ser realizados sólo si vienen impuestos a otros con un número de obligaciones positivas. De mantenerse esa diferenciación, la realización integral de unos impediría la de los otros. La oposición casi secular contra los derechos sociales, proviene del fundamento absoluto de los derechos de libertad; no obstante, ello ha sido debido a una opción política, no a un déficit de fundamentación de los derechos sociales. La opción por un liberalismo

mediante el que se homogeneizan las posiciones de partida y llegada ha avocado a la situación actual; ésta no sólo resulta una ilusión, sino que se ha convertido en un pretexto para mantener posiciones conservadoras, como se ve en el momento actual en el que se está llevando a cabo un oculto desmantelamiento del Estado del Bienestar, en aras a unos supuestos valores superiores, como es la superación de la crisis económica.

La consideración de la irrefutabilidad de los derechos humanos, mantenida por el racionalismo ético y el iusnaturalismo ha sido desmentida por la experiencia histórica. El argumento más fuerte dado por los reaccionarios contra los derechos humanos, en especial contra los derechos sociales, no es ya su falta de fundamento, sino su imposibilidad de realización. El problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos. Resulta un problema no filosófico, sino político. Sobre la base del análisis del artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, puedo concluir que, aún hoy, más de 60 años después, todavía se duda de la exigibilidad de los DESC; o si éstos no tienen el mismo rango que los derechos civiles y políticos, cuando la propia Declaración no distinguía entre unos u otros, sino que los regulaba a todos por igual. En este momento, a mi juicio, resulta superflua la diferenciación entre las distintas categorías de los derechos humanos.

Una vez que los derechos se encuentran positivados se debe poner el interés en la cuestión relativa a las garantías de los derechos humanos, en función de los problemas históricos, sociales y económicos, psicológicos, inherentes a su realización, reconociendo que, precisamente, los momentos de realización de los derechos resultan variables. No obstante ese relativismo también resulta favorable para la puesta en valor de determinados derechos que, como los derechos sociales, deben entenderse hoy en día en sus justos términos, como consecuencia del avance de los movimientos asociativos que han traído a primera línea los derechos de ciertos colectivos hasta ahora olvidados, pero que se encuentran en especiales situaciones de necesidad. En esta fase, para arbitrar buenos sistemas de defensa, la primera cuestión a tener en cuenta en el análisis de los derechos será, precisamente, su fundamento. Como analizo en un apartado específico de este Capítulo, los derechos sociales gozan de la misma fundamentación (dignidad, libertad,

igualdad y solidaridad) que los derechos civiles y políticos. A igualdad de fundamentación se debe reconocer una igualdad en el rango normativo y el reconocimiento de un mismo mecanismo legal de protección de esos derechos, lo que resulta desvirtuado en la práctica.

Lo que no es el Derecho es política; sino que ésta debe someterse a aquélla, en pura teoría. Como recoge KANT: *“toda política debe doblar su rodilla ante el derecho”*³²⁷. Éste debe resultar el instrumento que facilite a una comunidad política la satisfacción de los más elevados niveles de libertad e igualdad de sus miembros. Sólo de las estructuras de una intersubjetividad no menoscabada puede surgir el poder comunicativo que tienen las convicciones comunes³²⁸; la subsistencia del Derecho mismo, de la aceptabilidad de los valores comunes que figuran en él insertos, sólo es posible si a través de los mandatos contenidos en el mismo, se garantizan los anhelos individuales, la voluntad particular, de los miembros de la comunidad social. A ella se debe someter la política. Como KANT afirma: *“la tarea propia de la política es estar de acuerdo con ese fin (hacer que el público esté contento con su situación)”*³²⁹. La satisfacción de estos anhelos sólo puede instrumentalizarse a través de la fuerza coactiva que forma parte de la esencia de las reglas de Derecho. Por ello, los DESC ocupan un papel axial dentro del sistema jurídico y del Derecho.

1.1.2. Un análisis desde la conceptualización de los derechos

A continuación, voy a analizar en este apartado si los derechos sociales reúnen los requisitos imprescindibles para ser considerados *“auténticos derechos”*; en caso de hallar una respuesta afirmativa a la pregunta, se podría llegar a concluir que ha sido una voluntad política, no jurídica, la que ha propiciado que no se haya plasmado en el ordenamiento jurídico unos derechos sociales exigibles, siendo ésta una de las líneas argumentales que mantengo en el presente trabajo. De ser así, la causa para la falta de justiciabilidad de estos derechos se hallaría, por lo tanto, en una deficiencia del sistema; laguna que debería ser suplida mediante la labor de interpretación de los Tribunales, o los restantes mecanismos que el esquema de fuentes del

³²⁷ KANT, I. *“Sobre la paz perpetua”*. Ob. Cit. Pág. 97.

³²⁸ HABERMAS, J. *“Facticidad y validez”*. Ob. Cit. Pág. 218.

³²⁹ KANT, I. *“Sobre la paz perpetua”*. Ob. Cit. Págs. 106-107.

ordenamiento jurídico guarda. En ningún caso resultaría achacable la falta de cumplimiento a la propia naturaleza de estos derechos. El análisis se centra, como resulta lógico, en el concepto jurídico de derecho; es decir, aquél que se encuentra sustentado en una norma jurídica.

La variedad de significados sobre el concepto de "*derecho*" ha sido subrayada por numerosos autores quienes, como NINO, la tildan de palabra ambigua. La profesora RODRÍGUEZ PALOP destaca asimismo la existencia de un significado distinto, dependiendo de la corriente de pensamiento con la que mostremos nuestra conformidad³³⁰. En lo que históricamente ha habido coincidencia es en la afirmación de que por medio del derecho se solucionan conflictos; se provee de un marco en el que cada persona desarrolla su libertad, su proyecto de vida. Ese marco es de naturaleza relacional, es decir, los conflictos surgen en la medida en que el individuo se relaciona con el entorno.

En relación con las personas con discapacidad, partiendo del reconocimiento de la existencia de ese conflicto social que genera la situación de permanente exclusión que sufren, ha existido una tradicional concepción contraria al reconocimiento de "*ciertas facultades legales*" que venían siendo reconocidas por el ordenamiento jurídico como auténticos derechos; por otro lado, sólo resultaban exigibles estos comportamientos en el ámbito del Derecho público. Al mismo tiempo, se iban generando numerosos argumentos de todo tipo contrarios a su exigibilidad que se traducían en el no reconocimiento final de la exigibilidad del derecho que la persona tenía reconocido. Argumentos de escasez presupuestaria, aplicación analógica extensiva de la norma, etc. En el ámbito privado, este déficit todavía resultaba más desproporcionado, pues el cumplimiento de la norma no resultaba en modo alguno exigido; de este modo, se ha convertido la regla de Derecho, en relación con las personas con discapacidad, en un, a modo de, comportamiento moral que cada sujeto podía interiorizar de manera distinta, por lo que se garantizaba un resultado tan variado como la condición del sujeto que aplicaba el precepto. De acuerdo con este planteamiento, las normas morales establecerían un tipo de obligación interna, una auto-obligación que uno reconoce en conciencia, como un

³³⁰ RODRÍGUEZ PALOP, M^a. "*La nueva generación de Derechos Humanos. Origen y justificación*". Ob. Cit. Pág. 151.

contenido normativo que se impone a sí mismo, con independencia del origen fáctico de la norma³³¹; no obstante, esta valoración no tiene acogida en nuestro texto constitucional. Analizando esta situación se puede colegir que, en el fondo, olvidamos que estamos hablando de Derecho y no de moral, y que la característica del derecho es, precisamente, su coercitividad, ya que no puede haber un libre albedrío en cuanto a su cumplimiento. Ante la aplicación de la Ley no puede haber excusas; esta variabilidad resultaría predicable de un comportamiento moral, pero no de aquél que se ajusta a una norma de derecho. En rigor, una norma jurídica obliga a todo miembro de la sociedad en tanto que ciudadano o ciudadana que vive bajo la jurisdicción de un estado, y que por ello está sometido al ordenamiento legal promulgado por las instituciones políticas de dicho estado³³². Como apunta JELLINEK, los caracteres esenciales de las normas jurídicas son los siguientes: 1) normas que se refieren a las relaciones externas y mutuas de los hombres; 2) normas que proceden de una autoridad exterior reconocida; 3) son normas cuyo carácter obligatorio está garantizado por poderes exteriores³³³. Todos estos aspectos se encuentran presentes en los derechos de las personas con discapacidad.

El legislador, cuando promulgó la LISMI y la LIONDAU, prescribió comportamientos jurídicos, no morales; no obstante, como he indicado en el apartado anterior, ese cuerpo normativo resultaba plenamente ético, habiendo optado por una moralidad que abogaba por la inclusión de forma decidida de las personas con discapacidad en la sociedad, donde figuraba como idea fuerte el ejercicio de sus derechos por estas personas, en plenitud. Existía en el momento de promulgar ese cuerpo normativo una voluntad general en virtud de la cual se pretendía preservar al colectivo de personas con discapacidad unos derechos específicos, con el fin de garantizar un nivel de igualdad que en la vida social no obtenía. Es por ello que se articuló ese cuerpo normativo. Por lo tanto, tanto la LISMI como la LIONDAU prescribían auténticos mandatos obligatorios, en cuanto derechos. Reunían la fundamentación y la conceptualización para ser considerados como tales.

³³¹ CORTINA, A y MARTÍNEZ, E. *“Ética”*. Ed. Akal. 2008. Pág. 41.

³³² Idem. Pág. 41.

³³³ JELLINEK, G. *“Teoría General del Estado”*. Ed. Fondo de Cultura Económica. 2000. Pág. 320.

No obstante, ya he analizado en el capítulo anterior que el nivel de cumplimiento de esos derechos resulta claramente insuficiente en numerosos ámbitos sectoriales, incluso en el momento actual. Resulta evidente que la excesiva generalidad contenida en el mandato contenido en el artículo 49 de la Constitución no ayuda en nada a su exigibilidad, por lo que se reduce la posibilidad de la invocación directa de la norma indicada ante los sujetos obligados.

Dentro de este amplio concepto de derecho, se encontraría el de “*derechos humanos*”, como una especificación de aquél, con la que se hace referencia a la exigencia moral fuerte contenida en esta categoría, así como la positivización en normas (concepto utilizado habitualmente en los instrumentos internacionales). Dentro del mismo, igualmente, el de derecho fundamental, como expresión de los derechos que tienen amparo en el texto constitucional. Este último es el utilizado para la presente tesis. En efecto, los derechos de las personas con discapacidad tienen cabida bajo este concepto, como demuestra la redacción del artículo 49; a lo que me voy a referir con detenimiento más adelante.

Como objetivo de este trabajo, pues, debo precisar cuáles son los elementos que definen los derechos humanos o fundamentales, y si los DESC reúnen o no éstos. Para ello, en primer lugar, fijaré el término de comparación; opto por el concepto de derechos fundamentales, pues, como afirma PECES-BARBA: es más precisa que la expresión derechos humanos y carece del lastre de la ambigüedad que ésta supone, y puede abarcar las dos dimensiones en las que aparecen los derechos humanos, sin incurrir en los reduccionismos iusnaturalistas o positivistas³³⁴. Llegados a este punto, si los DESC reúnen las condiciones necesarias para quedar incluidos en la categoría de derechos humanos/fundamentales, les sería de aplicación uno de los principios esenciales que se predicen de éstos: su indivisibilidad. Por el principio indicado se entiende que no hay una jerarquía entre la indicada categoría de derechos, sino que todos son de igual importancia; llegados a este punto, no habría ninguna duda sobre la naturaleza y coercitividad de estos derechos. Este objetivo es el que voy a desarrollar en los apartados siguientes.

³³⁴ PECES-BARBA, G. “*Curso de Derechos Fundamentales*”. Ed. Universidad Carlos III de Madrid. BOE. 1999. Págs 36-37.

En cuanto a la denominación, a lo largo del trabajo utilizaré el concepto “derechos sociales” y “derechos económicos, sociales y culturales” como sinónimos, siendo el primero el que es utilizado en las declaraciones internacionales de derechos y en los textos constitucionales³³⁵.

1.2. La mutabilidad de las necesidades en el ámbito social

Una de las críticas que se formulan frecuentemente a los derechos sociales es la de que atienden necesidades que no tienen carácter permanente, sino que varían en función de circunstancias como el tiempo o lugar. Se olvida, frecuentemente, que las necesidades sociales son, en esencia, mutables; el desarrollo de la vida social contemporánea genera, a cada paso, barreras diferentes. Como afirma la profesora HELLER: “La dimensión o el contenido de las necesidades necesarias pueden por consiguiente ser distintos según las épocas y las clases”³³⁶. Como he analizado en el capítulo correspondiente a los conceptos previos, las necesidades de las personas con discapacidad deben de ser objeto de una relectura en clave del Siglo XXI, como un grupo de personas que, pese a la vulnerabilidad social que padecen, aspiran a una inclusión plena en la sociedad actual. Tarea esta que no ha sido acometida todavía.

La forma en que se presentan estas necesidades, con sus características y exigencias, es lo que las permite calificar como necesidades humanas; las que se derivan de un sujeto concreto, como plasmación de su propia dignidad humana. Como indica PUTNAM, no estamos a la deriva, nos encontramos anclados por el mundo, por nuestras necesidades, por cómo hemos entendido y hecho el mundo hasta ahora³³⁷. Parecería, pues, que la tarea de objetivar el conjunto de necesidades a las que atendieran los derechos sociales no tendría fin, dado que cada individuo presentaría un conjunto de ellas que quedasen comprendidas en su proyecto vital y, por lo tanto, resultaría necesaria su atención para alcanzar un nivel determinado de calidad de vida,

³³⁵ En este sentido, MARTÍNEZ DE PISÓN, J. “Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales”. Ob. Cit. Pág. 108.

³³⁶ HELLER, A. “Teoría de las necesidades en Marx”. Ob. Cit. Pág. 34.

³³⁷ “We are not adrift, we are anchored by the world, by our needs, by how we have understood and made the world until now”. Comentario de R.A. Putnam al “paper” de Michael Walzer: Objectivity and Social Meaning, en “The Quality of life”. M. Nussbaum y A. Sen, editores. Clarendon Press. Oxford. 1992. Pág. 183.

teniendo en cuenta que, en el sentido que apunta ARISTÓTELES, “*bien vivir*”, “*bien-estar*”, es idéntico a “*ser feliz*”³³⁸. Asimismo, teniendo en cuenta que él identifica las acciones justas con aquéllas que proporcionan o salvaguardan la felicidad³³⁹, una política justa debe perseguir ese anhelo de felicidad que caracteriza al ser humano, en el sentido que apunto. Debe satisfacerse, pues, un nivel mínimo de necesidades, el conjunto de necesidades básicas a las que he hecho referencia en el capítulo I, mediante la que se adquiere el bienestar de la persona; aquéllas que garantizan a esa persona ese nivel de felicidad. A mi juicio, no obstante, no existe una indefinición de las necesidades que deben ser atendidas mediante los DESC. Ello es así dado que las condiciones de desarrollo de individuo, de su dignidad, tienen un nivel de objetivación suficiente.

Existe unanimidad en la sociedad actual, por ejemplo, en que las personas con discapacidad deben participar de forma activa en el desarrollo de sus potencialidades, como unos miembros más de ella; el deseo de cada individuo de este grupo de desarrollar su autonomía personal y un grado determinado de autosuficiencia o vida independiente, no es fruto de un deseo placentero o momentáneo, sino un anhelo o una aspiración de vida. Ya Aristóteles identificaba la justicia política con la participación en una vida en común con vistas a tener autosuficiencia, desde la libertad e igualdad, insistiendo en que quienes no tienen eso no pueden tener entre sí la justicia política, sino un simulacro de justicia³⁴⁰. No es hedonismo de lo que hablo, sino de dignidad personal. Este objetivo, pues, en la medida en que ha resultado aceptado por el conjunto social, pasa a formar parte del nivel ético de una comunidad concreta. Esta aceptación se encuentra reflejada en la Carta Magna, que destina el artículo 49 a las personas con discapacidad. Independientemente de ello, en el capítulo siguiente le atribuyo a estos derechos la categoría de fundamentales, por lo que ese grado de aceptación inicial, pasa también a ser objetivado por su inclusión en esta categoría de derechos en un segundo momento, como luego analizaré.

³³⁸ ARISTÓTELES. “*Ética a Nicómaco*”. Ob. Cit. Pág. 50.

³³⁹ Idem. Pág. 154.

³⁴⁰ Idem. Pág. 167.

Por muy mutable que resulten las necesidades a las que responden los derechos sociales, no puede haber mutabilidad en los instrumentos de defensa. El Estado de Derecho debe maximizar el efecto de aquellas acciones mediante las que se persigue la obtención de la igualdad de los individuos. Se debe pasar de dar a los derechos sociales un valor político-constitucional a otro jurídico-constitucional³⁴¹, en el que se convierten estos derechos en derechos legales exigibles.

En el caso de las personas con discapacidad, la declaración contenida en el apartado e) del Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, del carácter evolutivo de la discapacidad, a la que he hecho referencia en el Capítulo anterior, resulta de una importancia trascendental, en la medida en que arroja una dificultad añadida sobre el fenómeno de la discapacidad. Es por ello, que una de las barreras que se pretenden eliminar es la actitudinal, la que pretende modificar la percepción de la discapacidad por el entorno. Como recoge la Comunicación de la Comisión de la UE al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones *“Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad”* de 12 de mayo de 2000³⁴² en su apartado 2.1: *“Existe una gran diversidad de discapacidades y aspectos relacionados. Las discapacidades pueden ser manifiestas o encubiertas, severas o leves, singulares o múltiples, crónicas o intermitentes. Los tipos de discapacidades incluyen las mentales/cognitivas y las que afectan a la movilidad/agilidad o a la audición, la visión o el habla”*. La atención de todas ellas debe ser satisfecha por el ordenamiento jurídico, en la medida en que pueda quedar afectada la libertad e igualdad del individuo. Introduce en el análisis de los derechos sociales una doble variable en el alcance de los derechos a garantizar a estas personas: el nivel básico que éstos garantizan no sólo resulta cambiante en función del desarrollo social que genera más barreras a la igualdad de determinados colectivos, sino que resulta distinto para cada persona. En función de las circunstancias personales de cada uno, su capacidad de acceso a los recursos resulta también distinta, por lo que distintas tienen que ser también las medidas a implantar para restituirle en el nivel mínimo básico personal imprescindible.

³⁴¹ BALDASARRE, A. *“Los derechos sociales”*. Universidad Externado de Colombia. 2001. Pág. 35.

³⁴² COM/2000/0284. Ob. Cit. Pág. 4.

No obstante, la difícil realidad de los derechos sociales, que se ha visto incrementada por cuestiones tales como la globalización y el incremento del fenómeno migratorio, que ha facilitado que surjan nuevos grupos sociales en riesgo de exclusión, la respuesta de los poderes públicos no se ha caracterizado por la asunción eficaz de sus obligaciones. Este fenómeno se podría haber acometido con una política eficaz de relaciones públicas institucionales con entidades privadas, como las del Tercer Sector, que hubiesen desarrollado de modo permanente esta función de interés público orientada a la promoción de aquellas personas más vulnerables, y que hubiesen dado respuesta a las necesidades básicas de estas personas, en estrecha colaboración con los servicios sociales y otros servicios públicos. Sin embargo, los poderes públicos, frente a este reto, han llevado a cabo una política de dejación de funciones que se ha trasladado incluso al sistema de subvenciones, condenando a estas entidades prestadoras a realizar su función social en condiciones de precariedad, dado el retraso o paralización de las convocatorias que se ha producido en los últimos ejercicios, siendo sometidas a la incertidumbre temporal y a requisitos de gestión y control administrativo inapropiados. Los cambios que indico han dejado plenamente en evidencia la inadecuación de las estructuras políticas para dar respuesta a estas nuevas necesidades sociales, lo que, a mi juicio, otorga a este análisis un alcance dogmático, pues lo que en realidad subyace es una inadaptación al cambio de las propias estructuras del poder político. Sólo si se lleva a cabo un análisis meramente formal del sistema se puede calificar, en relación con los grupos socialmente excluidos, como eficaz; desde el punto de vista de la justicia material, no lo soporta.

2. Proceso de formación de los derechos sociales

La idea básica para la configuración de los derechos sociales desde una perspectiva positiva reside, a mi juicio, en la consideración de los derechos sociales, y colectivamente de los derechos fundamentales en general, como instituciones que no han sido objeto de una generación espontánea, sino fruto del devenir histórico; es un proceso que ha iniciado su período contemporáneo hace más de dos siglos, y se encuentran en la época actual en una fase de consolidación.

El proceso de formación de los derechos sociales es el resultado del propio devenir de los derechos fundamentales. En su formación, hasta llegar al papel que ocupan en el momento actual, han seguido varias fases: en primer lugar, se aseguraron los derechos civiles en cuanto límites al poder absoluto imperante, tal como se contienen en las primeras declaraciones de derechos (siglos XVII y XVIII); en segundo lugar los derechos políticos, reconocidos a la ciudadanía, y que facilitan su participación en el proceso político (S XIX), si bien en paralelo se empiezan a reconocer determinados derechos sociales; en tercer lugar, se asiste en el siglo XX al advenimiento en plenitud de los derechos sociales, como una corrección de los excesos generados por el liberalismo económico que emana de la Revolución Industrial.

A diferencia de los derechos de autonomía y libertades clásicas, en la categoría de derechos sociales se traslada el eje del análisis desde el individuo a los grupos sociales, o bienestar de la estructura social en conjunto como se fundamentan los derechos de tercera y cuarta generación. Aquí también reside un argumento que apoya la tesis del trabajo que efectúo: los derechos sociales no serían sino una evolución del propio concepto de derecho fundamental. Esa fundamentalidad no se pierde, pues en los derechos sociales persiste el mismo fundamento que justificó la aparición de los demás derechos-libertades.

Se debe superar, pues, la tesis que mantiene la persistente dicotomía entre los derechos de autonomía como el derecho de propiedad y la libertad de empresa, en cuanto expresión del derecho fundamental de la libertad del individuo arraigada en las tesis de filiación liberal-conservadora, frente a los derechos sociales como expresión del valor de la igualdad; el momento actual que viven los derechos fundamentales se caracteriza por ser el fruto de la consolidación de instrumentos jurídicos internacionales que, con mayor o menor eficacia van impregnando los ordenamientos jurídicos internacionales, o a la inversa, en los que esa dualidad ha desaparecido.

En consecuencia, el proceso de formación de los derechos sociales no resulta unidireccional, sino fruto del conjunto de fuerzas que se encuentran arraigadas en el seno de la comunidad; la aparición y consolidación de los derechos fundamentales no deja de ser sino el fruto de una demanda social. La idea que subyace, no obstante, resulta ser la de que, como expresa

PISARELLO³⁴³, la persistente vulneración de los derechos sociales obedece, ante todo, a las desigualdades materiales de poder existentes en las sociedades actuales. Por ello, al margen de las tensiones antes expresadas, el reconocimiento de la plena eficacia de los derechos sociales resulta ser un instrumento básico para la implantación del principio de igualdad material en el seno de la sociedad. Abundando en este sentido, como refiere BALDASARRE, Hans Kelsen definía el régimen democrático como síntesis entre los principios de libertad e igualdad, la idea de libertad como fundamento de un sistema político-constitucional sólo puede sostenerse como principio de legalidad social, es decir como libertad positiva³⁴⁴. Para ello, el mejor instrumento para garantizar ese objetivo resultan, precisamente, los DESC.

2.1. Orígenes históricos del concepto

La configuración de los derechos sociales en su contexto actual resulta tributaria de períodos históricos previos, marcados claramente por el acceso de las capas más necesitadas de la población a determinados derechos y servicios como la sanidad o la educación con un alcance más o menos generalista. MARTÍNEZ DE PISÓN vincula este fenómeno al desarrollo doctrinal y los acontecimientos históricos que dieron lugar al Estado social³⁴⁵.

El eje de la institucionalización de estos derechos subyace en la desacralización de los derechos de propiedad y la libertad contractual, fruto de las demandas sociales surgidas en el siglo XIX. No obstante, como indica Mazziotti³⁴⁶ los derechos sociales ya se encuentran en la obra de Sieyès durante la Revolución Francesa, pasando finalmente a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en sus artículos 18 a 23. Ya en el punto I del Preámbulo de la Declaración se afirmaba: *“Francia se constituye en República. Al adoptar esta forma definitiva de gobierno se propone como finalidad el marchar más libremente por la vía del progreso y de la civilización, asegurar un reparto cada vez más equitativo de las cargas y de las ventajas de*

³⁴³ PISARELLO, G. *“Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción”*. Ed. Trotta. 2009. Pág. 16.

³⁴⁴ BALDASARRE, A. *“Los derechos sociales”*. Ob. Cit. Págs. 50-51.

³⁴⁵ MARTÍNEZ DE PISÓN, J. *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*. Ob. Cit. Pág. 85.

³⁴⁶ MAZZIOTTI, M. *“Diritti sociali”*. Pág. 803. Citado en PÉREZ LUÑO, A.E. *“Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución”*. Tecnos, Madrid 2005. Pág. 122.

la sociedad, aumentar el bienestar de cada uno, por la reducción gradual de los gastos públicos y de los impuestos, y a conducir a todos los ciudadanos, sin nueva conmoción, por la acción sucesiva y constante de las instituciones y de las leyes, a un grado cada vez más elevado de moralidad, de conocimiento y de bienestar”; en el mismo preámbulo en el punto VIII, se contiene la declaración siguiente: *“La República debe proteger al ciudadano en su persona, su familia, su religión, su propiedad y trabajo, y poner al alcance de cada uno la instrucción indispensable para todos los hombres; debe, por una asistencia fraterna, asegurar la existencia de los ciudadanos necesitados, sea procurando trabajo en los límites de sus posibilidades, sea otorgando, en defecto de la familia, asistencia a los que no están en situación de trabajo”*³⁴⁷. Si se analiza con detenimiento el texto reproducido, parece como si se estuviera citando un texto moderno, por la virtualidad de determinadas afirmaciones que fundamentan los modernos DESC. Uno de los principios fundamentales de la Revolución francesa, contenidos en la Declaración, la función social de la propiedad, es el origen de los socorros públicos, de las acciones prestacionales de los poderes públicos; como manifiesta GURVITCH: *“...será difícil no ver en uno de los resultados de la teoría fisiocrática de la propiedad como función social en la propuesta que hizo Condorcet, en su proyecto de <Declaración de derechos> (1793), consistente en reconocer ...los socorros públicos como una deuda sagrada de la sociedad”*³⁴⁸. Como manifiesta PISARELLO, partiendo de la base de que el constitucionalismo moderno, en particular el francés y el americano, es anterior al capitalismo, los derechos sociales son el fruto de las contradicciones generadas por la evolución del sistema capitalista, o más bien de los actores sociales que el capitalismo genera y de los intereses en torno a los que aquéllos se articulan; es por ello que, a juicio del profesor, la relación entre el constitucionalismo y los derechos sociales resulte en ocasiones compleja, en ocasiones de oposición y en otras de apoyo o complemento³⁴⁹. Ésta será una de las características

347 Citado por ASÍS ROIG, R. DE. *“Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder”*. Ed. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson, Madrid 2000. Pág. 72.

348 GURVITCH, G. *“La idea del Derecho Social”*. Ob. Cit. Pág. 278.

349 PISARELLO, G. *“Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”*. Ob. Cit. Pág. 82.

esenciales que animan esta categoría de derechos: atienden las necesidades que surgen de la interacción de los miembros en el seno de un colectivo social.

A lo largo del Siglo XIX los conflictos de clase se fueron traduciendo en una serie de exigencias de carácter socio-económico, que pusieron de relieve la insuficiencia de los derechos individuales para el caso de que la democracia política no se convirtiera, a su vez, en una democracia social. Estas reivindicaciones determinarán un cambio en la actividad del Estado que progresivamente abandonará su postura abstencionista y recabará como propia una función social. En su fase inicial, en el Siglo XIX, resulta compatible una forma de Estado autoritaria como la Prusia de Bismarck y unos incipientes derechos sociales; éstos resultan, inicialmente, concesiones otorgadas *ex principis* por razones de oportunismo político y con el objeto de neutralizar las crecientes demandas sociales, y no como conquistas obtenidas desde abajo mediante la participación de los colectivos interesados³⁵⁰. Está implícita en esta fase la idea de beneficencia; como un paternalismo dotado de conmiseración al “*necesitado*”. No se trata de una función propia del Estado.

No es sino hasta el Siglo XX, que dicha función se traduce en una serie de disposiciones socio-económicas que, a partir de la Constitución de Weimar, se suelen incluir entre los derechos fundamentales³⁵¹. Otros precedentes de positivización a principios del Siglo XX se encuentran, tal como destaca GORDILLO PÉREZ, en la Constitución mexicana de 1917 y la Declaración de Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado de 1917, incluida como Preámbulo de la Constitución soviética de 1918; siendo, a partir de esos dos textos constitucionales, como se han ido desarrollando progresivamente hasta que, a partir de los nuevos textos fundamentales posteriores a la Segunda Guerra Mundial, se generalizó su inclusión en las normas básicas³⁵². La virtualidad de esas dos normas era que vinculaban el concepto de solidaridad con el clásico de fraternidad y garantizaban la extensión de los derechos políticos y sociales de forma generalizada a los grupos sociales hasta entonces oprimidos. La Constitución mexicana de 1917 establecía en su art. 3 que la

³⁵⁰ PISARELLO, G. “*Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales*”. Ob. Cit. Pág. 83.

³⁵¹ PEREZ LUÑO, A.E.. “*Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*”. Ob. Cit. Págs. 84 ss.

³⁵² GORDILLO PÉREZ, L. “*Derechos sociales y austeridad*”. Revista Jurídica de los derechos sociales. Lex Social. Vol. 4. Nº 1/2014. Enero-junio 2014. Pág. 35. Edición online disponible en www.lexsocial.es

educación pública debía promover la *“fraternidad [...] y la igualdad de derechos entre los hombres”*, así como la erradicación del *“privilegio”* y la conciencia de la *“solidaridad”* internacional. La Declaración soviética, por su parte, reconocía como uno de sus fundamentos la búsqueda de *“la confraternización más extensa posible entre los obreros y campesinos de los ejércitos en guerra”* (art. III.I)³⁵³.

Los derechos sociales, en esta primera fase, no serán sólo un remedio para la satisfacción de necesidades básicas, serán también un instrumento imprescindible para convertir en real ese tenor generalizador, y para que todos puedan gozar de hecho de los derechos individuales y civiles y participar, en igualdad de condiciones, en los derechos políticos³⁵⁴. Gozaban, a través del concepto de solidaridad, un doble efecto: compensador con el fin de generar relaciones más equitativas entre las distintas capas de la población, y emancipatorio, que permitía a estos grupos liberarse de las reglas de un mercado confiscatorio, convirtiéndolos en sujetos de derechos.

PISARELLO cifra en la finalización de la Segunda Guerra Mundial, la existencia de una gran convulsión social que pone en peligro el sistema capitalista; de esta manera, el Estado social surge como el resultado de un acuerdo o compromiso de clase, expresado como un pacto entre capital y trabajo, el pacto keynesiano, en cuya virtud el trabajo acepta la lógica de la ganancia y del mercado como principales guías de la asignación de recursos en el ámbito micro, a cambio de participar en el reparto del excedente social en el ámbito macro³⁵⁵. A mi juicio, esta explicación resultaría admisible si nos ciñéramos a una fase embrionaria de los derechos sociales; no obstante, el propio contenido de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, y de la Declaración Universal de Derechos Humanos Naciones Unidas, sitúa los derechos sociales tanto en el Siglo XVIII, como en el Siglo XX, en el ámbito de los derechos. La explicación *“capitalista”* podría hacerse valer si nos moviésemos en un contexto puramente político, pero, en la práctica, no ha sido

³⁵³ Nota al pie nº 9 en PISARELLO, G. *“Solidaridad e insolidaridad en el constitucionalismo contemporáneo: elementos para una aproximación”*. Revista de Estudios Sociales No. 46. Bogotá. Mayo-agosto de 2013. Pág. 91.

³⁵⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *“Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de filosofía jurídica y Política)”*. Ob. Cit. Pág. 17.

³⁵⁵ PISARELLO, G. *“Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”*. Ob. Cit. Pág. 83.

así. En la Declaración de Naciones Unidas figuran recogidos derechos sociales como tal, en su propio preámbulo, aunque de manera implícita, como se puede extraer de la declaración siguiente: *“Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad....”*. En el mismo queda resumida la fundamentación que desarrollaré más adelante en este capítulo; habla la Declaración de dignidad humana, de igualdad, y de progreso... en el marco de un concepto de libertad más amplio que el tradicional. De forma expresa, figuran recogidos derechos sociales en los artículos 22 a 29. Por otro lado, los Estados signatarios asumían el compromiso de asegurar el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades fundamentales del hombre, bajo una concepción común de estos derechos y libertades, como un aspecto básico para el pleno cumplimiento de dicho compromiso (Preámbulo de la Declaración); en este mismo sentido, el artículo 30, bajo el que ninguna interpretación del texto puede admitirse en el sentido de que confiera derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendentes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en la Declaración. Por todo ello, entiendo que la postura de PISARELLO resulta, hasta cierto punto, dogmática; es cierto que el devenir de la experiencia se ha traducido en una práctica que es la que él refleja en sus palabras. No obstante, ello puede ser debido no a la deficiencia de la redacción de la Declaración, sino a la, tan reiterada, falta de coercitividad de los instrumentos internacionales, de la que la propia Declaración no resulta sino un claro ejemplo.

Otras posturas, como por ejemplo MARSHALL, sitúan los derechos sociales en un contexto distinto, hasta cierto punto fisiológico u orgánico; según su teoría, no han sido sino una de las partes en que se divide la ciudadanía, estando ésta constituida por tres partes: civil, política y social; la civil, estaría constituida por los derechos necesarios para la libertad individual; la política estaría representada por el derecho a participar en el ejercicio del poder como miembro de un cuerpo investido de autoridad política; la parte social, abarcaría

todo el espectro, desde el derecho a la seguridad y a un mínimo bienestar económico, al de compartir la herencia social y vivir la vida de un ser civilizado conforme a los estándares predominantes en la sociedad³⁵⁶. El elemento destacado que aporta la visión de MARSHALL, siempre referido al ámbito de Inglaterra es que en sus orígenes ninguna de esas partes se encontraba separada de las demás; esta misma situación se da, por ejemplo, en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Este economista cifra en el Siglo XIX el momento histórico en que se sientan los fundamentos de los derechos sociales, si bien quedan como un principio, manteniendo una realidad distinta del estatuto de ciudadanía³⁵⁷. Ha sido el aumento de la educación elemental durante el Siglo XIX el primer paso decisivo en el camino que conduce al reconocimiento de los derechos sociales de ciudadanía en el Siglo XX³⁵⁸.

Como he puntualizado a lo largo de este apartado, este devenir histórico ha ilustrado la configuración de los derechos sociales en sus inicios; no obstante, la actualización en clave del Siglo XXI a la que hacía referencia al comienzo, introduce de lleno en un conjunto de derechos sin los cuales la libertad e igualdad que proclaman los textos fundamentales, carece de sentido. Resulta, pues, en el encuadre de los derechos sociales junto con los restantes derechos fundamentales, como aquéllos y éstos devienen plenos de sentido.

2.2. La aportación del socialismo a la formación del concepto

En el desarrollo de este apartado persigo demostrar que la confirmación de los DESC como derechos fundamentales se debe efectuar al margen de cualquier ideología, sin dejar de reconocer la aportación de los autores de ideología socialista en la fase de construcción de los derechos sociales, sobre todo con su crítica del individualismo y su acendrada apuesta por la justicia social. Es por ello que se puede hablar de ética socialista, en la medida en que las teorías políticas de esta tradición mantienen como eje ciertos valores que las caracteriza³⁵⁹.

³⁵⁶ MARSHALL, T.H. y BOTTOMORE, T. "*Ciudadanía y clase social*". Alianza Editorial. 2014. Págs. 22-23.

³⁵⁷ Idem. Pág. 34.

³⁵⁸ Idem Pág. 35.

³⁵⁹ CORTINA, A y MARTÍNEZ, E. "*Ética*". Ob. Cit. Pág. 80.

Como punto de partida, en el proceso de generación de los derechos sociales ha ocupado un papel determinante el socialismo, por su contribución a la creación del Estado social; como pone de manifiesto MARTÍNEZ DE PISÓN, buena parte de la teoría que sustenta el modelo del Estado social fue formulada a mediados del Siglo XIX por representantes del pensamiento socialista³⁶⁰. El origen ideológico de los derechos sociales se encuentra en los debates y discusiones de autores involucrados en los movimientos sociales y en el pensamiento socialista, citando a L. BLANC, C. MARX o F. LASALLE³⁶¹. El eje del mismo es una idea de hombre que abandona el “*homo juridicus*”, propio de la concepción liberal de los derechos humanos, por otro según el cual ocupa un papel en el entorno social y a quien se le atribuyen derechos concretos. Como manifiesta GURVITCH, la corriente socialista ha sido la única en retomar y en profundizar la distinción y la oposición entre Estado y la sociedad, iniciada por la escuela leibniziana y en particular la fisiocracia³⁶². De hecho, el profesor PECES-BARBA afirma que los derechos de inspiración socialista son fundamentalmente los económicos, sociales y culturales³⁶³, afirmando asimismo que “...*los derechos económicos y sociales, se han introducido en la historia, precisamente por la influencia del socialismo frente a la resistencia liberal*”³⁶⁴. En este mismo sentido, GARCÍA MACHO apunta que el proceso histórico-social que subyace a la democracia es la emancipación del proletariado como retardado sector, cuya participación con iguales derechos en el proceso de formación de la voluntad política ha creado la idea de positividad estatal de bienestar a través de un poder constituyente democrático³⁶⁵. En esta fase inicial del Siglo XIX, existe una coincidencia en la crítica al orden burgués y a los efectos de la economía de mercado en la clase obrera, pero, a diferencia de Marx, insisten en la conveniencia de utilizar al Estado y a los mecanismos jurídico-administrativos en particular en beneficio de la sociedad

³⁶⁰ MARTÍNEZ DE PISÓN, J. *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*. Ob. Cit. Pág. 36.

³⁶¹ Idem. Pág. 85.

³⁶² GURVITCH, G. “*La idea del Derecho Social*”. Ob. Cit. Pág. 310.

³⁶³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. “*Notas sobre el concepto de derechos fundamentales*”, en: “*Libertad, poder, socialismo*”. Civitas Monografías. Civitas. Madrid, 1978. Pág. 205.

³⁶⁴ Idem. Pág. 156.

³⁶⁵ GARCÍA MACHO, R. “*Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*”. Ob. cit. Pág. 76.

en general y de los trabajadores en particular³⁶⁶. Resulta esencial al objeto del presente trabajo la aportación de los autores marxistas que reivindicaron la naturaleza moral y política de las necesidades humanas y su relevancia para la práctica de gobierno y en la organización de la sociedad³⁶⁷; de tal manera que, sin esa satisfacción de las necesidades que tienen los individuos, no cabría un libre ejercicio de la libertad³⁶⁸. Ya he analizado en otro apartado la significación como fundamento que tienen las necesidades humanas en relación con la catalogación de los derechos sociales como derechos fundamentales. Como razona MARTÍNEZ DE PISÓN, el mérito de la lectura de los autores marxistas es el descubrimiento del hombre empírico a través de sus necesidades, contextualizado en su entorno y condicionado por sus circunstancias vitales y sociales que sirva como punto arquimedeano para formular una teoría real y global de los derechos³⁶⁹. Esta aportación resulta clave, pues, para la conformación de una categoría única de derechos fundamentales, según persigo en este trabajo.

A partir del Siglo XIX se produce el fenómeno de la generalización de los derechos fundamentales, como lucha por el reconocimiento del sufragio universal y del derecho de asociación, lo que supondrá la incorporación progresiva de la clase trabajadora a las instituciones políticas del Estado parlamentario representativo, y la posibilidad de acción en libertad de todo el potencial de colaboración solidaria y de apoyo mutuo que supone el movimiento obrero; este proceso traerá consigo la cristalización definitiva del valor solidaridad y su influencia en la configuración de fines y funciones de la sociedad civil y del Estado³⁷⁰. Esta incorporación, junto al desarrollo del concepto moderno de solidaridad generará importantes consecuencias, tales como la generación de una nueva categoría de derechos (derechos sociales), así como la incorporación de la sociedad civil como instrumento de poder político, al margen de los poderes clásicos fruto de la división de poderes de

³⁶⁶ MARTÍNEZ DE PISÓN, J. *“Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales”*. Ob. Cit. Pág. 36.

³⁶⁷ Idem. Pág. 147.

³⁶⁸ Idem. Pág. 154.

³⁶⁹ Idem. Pág. 155.

³⁷⁰ PECES-BARBA, G. *“Humanitarismo y solidaridad social como valores de una sociedad avanzada”*. Ed. La Ley. 1991. Pág. 36.

Montesquieu (legislativo, ejecutivo, judicial). Este nuevo esquema se sintetiza en el Estado social.

Esta fase de la evolución de los derechos fundamentales la ha valorado HABERMAS, justificando la sustitución del sistema de un derecho formal burgués que garantiza el máximo de libertad de un individuo compatible con el máximo grado de libertad de los demás, por otro de mayor calado social, por cuanto: *“El derecho general a iguales libertades subjetivas en un contexto social cambiado de tal suerte, ya no podía garantizarse sólo a través del status negativo de los sujetos jurídicos; más bien, resultó necesario, por un lado, especificar, en lo que a contenido se refiere, las normas de derecho privado y, por otro, introducir una nueva categoría de derechos fundamentales que fundasen pretensiones a recibir prestaciones que representasen una distribución más justa de la riqueza socialmente producida (y una protección más eficaz frente a los riesgos producidos también por la sociedad)”*³⁷¹. El profesor alemán destaca una cuestión que se reproduce de forma reiterada a lo largo de este estudio: la aparición y subsistencia de los derechos sociales resulta tributaria de la propia insuficiencia del sistema para autorregularse, dando cobertura a unas necesidades de un grupo de personas que, de otro modo, quedarían sin atención. Los derechos sociales han sido creados como fruto de una pugna entre los poderes sociales y grupos de personas excluidas; es más MARTÍNEZ DE PISÓN sostiene que la incorporación de la referencia a los derechos sociales en la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU fue debida a la presión ejercida por los representantes de los países socialistas³⁷². Esta misma génesis es la que otorga su fundamentalidad en la sociedad contemporánea.

A mi juicio, el problema actual de la protección de los derechos de las personas con discapacidad no puede quedar reducido a una cuestión ideológica. No obstante, los hechos inspiradores del socialismo revolucionario, que condujeron a los amplios catálogos de derechos sociales, propios de las constituciones soviéticas y sus semejantes, si bien han tenido una influencia indudable en la formación del Estado social, no han sido iguales las razones

³⁷¹ HABERMAS, J. *“Facticidad y validez”*. Ob. Cit. Págs. 484-485.

³⁷² MARTÍNEZ DE PISÓN, J. *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*. Ob. Cit. Pág. 89.

que han permitido su constitucionalización en el momento presente, si bien presentan numerosas concomitancias³⁷³. No hay más que ver la enumeración de derechos sociales que figura en la Constitución de la URSS de 1936, en cuyo texto figuran enunciados como auténticos derechos de sus ciudadanos, si bien, dado el carácter totalitario de la forma de Estado en algunos casos (seguridad social de vejez) la eficacia práctica de los mismos habría sido nula, dado que se sacrificaban en aras al difuso interés del Estado socialista.

La aportación de autores de inspiración socialista como el francés PROUDHON destacan la necesidad de limitar el poder del Estado, con el fin de que éste no absorba el poder político y el económico. Esta situación de la Francia del Siglo XIX se repite en nuestros días. En este momento, la crisis económica ha traído consigo el casi desmantelamiento del sistema de atención a personas en riesgo de exclusión, como el de atención a la dependencia, mientras que el sistema político representado por los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones empresariales, permanece casi incólume. La falta de independencia de un poder judicial politizado trae a la palestra la necesidad de volver al sentido tradicional de los derechos humanos en cuanto límite al poder político, que perfectamente queda reflejado en esta fase. En este supuesto, ese límite opera mediante los DESC, en cuanto que constituye un ámbito que se debería sustraer, por la fundamentación de los derechos que comprende, al poder ilimitado y arbitrario del poder político.

Se debe tratar de evitar el feudalismo económico al que se refería PROUDHON, conjurando el peligro para la libertad humana. Volver a la soberanía social, que recoge el artículo 1.1 de la Constitución Española. Este autor es calificado dentro de la escuela del socialismo libertario o anarquismo, en la que figuran adscritos otros autores que propugnan una idea de sociedad justa en la que sea desterrado todo tipo de opresión, de explotación; e identifican la justicia como un modelo de sociedad solidario, autogestionario y federalista. El socialismo utópico y el anarquismo suponen una cierta radicalización de los ideales morales de la Ilustración, que son la libertad, la igualdad y la solidaridad, que hunden sus raíces en las propuestas morales de la tradición judeo-cristiana; no obstante, pretenden alcanzar este fin mediante

³⁷³ En este sentido, BALDASARRE, A. “*Los derechos sociales*”. Ob. Cit. Págs. 23-24.

la abolición del estado³⁷⁴. No puede ser ésta la postura que propugne yo, dado que, como recojo en un apartado específico, los propios DESC no son sólo la propia manifestación del Estado social, sino el mejor instrumento para la realización de sus fines; a mi juicio, para la plena consagración de estos derechos, resulta imprescindible una estructura estatal, por lo que no es esa la solución que apoyo.

Los razonamientos que recojo en los apartados siguientes, desde el aspecto de la fundamentación de los derechos, aportan argumentos que facilitan superar la vinculación de los derechos sociales con una ideología socialista que fundamentó, indudablemente, su acogida inicial. No obstante, resultan ciertas la crítica que se formula a la teoría de los derechos sociales, de que éstos fueron implantados originariamente en numerosos regímenes con sistemas políticos no democráticos, en los que se generó un Estado de bienestar falso con el que acallar la falta de derechos políticos. No obstante, como analizo en el capítulo III, vinculo el Estado social con un desarrollo personal vinculado a la dignidad de la persona, y los principios de libertad, igualdad y solidaridad, inexistentes en los modelos de Estado autoritarios. Al contrario, el Estado social con su dosis de participación de la sociedad civil en los intereses generales, articulando su intervención y la de los poderes públicos en beneficio de las personas en riesgo de exclusión, otorgan a los derechos sociales en su configuración actual un abanico abierto de campos en los que se va a producir esa intervención, que los diferencia de su naturaleza originaria.

No obstante, para una correcta fundamentación de estos derechos, resulta preciso superar una concepción basada en un modelo de Estado concreto, y quedar referidos al individuo y los derechos que le son inherentes. A mi juicio, la correcta fundamentación de los derechos sociales de las personas con discapacidad reside en la libertad e igualdad; la misma permite superar el dogmatismo de las concepciones de los modelos de Estado. Permite, asimismo, compaginar posiciones económicas liberales con la intervención del Estado cuando se trata de garantizar la asistencia de un colectivo necesitado como el que estudio.

³⁷⁴ CORTINA, A y MARTÍNEZ, E. “*Ética*”. Ob. Cit. Pág. 81.

En el momento actual, en los Estados modernos el concepto de interés general supera al del interés individual como concepto central de los sistemas democráticos; ya no se percibe que resulte necesario el abstencionismo del Estado para preservar unos derechos individuales basados exclusivamente en la propiedad; la persona humana debe pasar a ocupar el papel que le corresponde en la estructura del Estado, sobre la base del mandato establecido en la Constitución. En esta concepción de Estado ocupa un papel esencial los DESC. Es por ello que tampoco me resulta verosímil que sólo en un Estado planificado se pueda implantar un esquema institucionalizado de DESC; la política no deja de emplear en todas sus decisiones, técnicas de gestión de recursos escasos. No obstante, en el proceso de adopción de esas decisiones políticas se pueden incluir una escala de valores en la que se mantenga como eje central la dignidad del individuo y los derechos fundamentales, o no. Incluso en una sociedad de mercado, capitalista, se pueden adoptar políticas “*pro individuo*”, mediante las que se persiga la homogeneización de la sociedad, pues constituye el eje de una democracia verdadera. Como mantiene CORTINA, “*no queda sino rendirse a la evidencia: la matriz del liberalismo y el socialismo es idéntica*”³⁷⁵.

3. El concepto y el fundamento de los derechos sociales

En este apartado voy a analizar aquellos elementos que definen esta categoría de derechos. Ciertamente es que parece contradictorio respecto del eje de la tesis que mantengo; dado que los derechos sociales resultan una categoría única junto con los restantes derechos fundamentales, parece difícil predicar de ellos un concepto distinto a los restantes derechos. A mi juicio, no existen diferencias sustanciales que justifiquen la existencia de, ni siquiera, una subcategoría dentro de los derechos fundamentales, donde quedarían encuadrados este conjunto de derechos. No obstante, esta conclusión no resulta contradictoria con la existencia de determinadas peculiaridades que cualifican su estudio, y a esa tarea voy a dedicar este apartado. De no llevar a cabo este estudio doctrinal, podrían llegar a quedar difuminados estos derechos en el todo de una categoría única de derechos, lo que tampoco les beneficia en relación con su catalogación, por las peculiaridades que presentan

³⁷⁵ CORTINA, A. “*Ética sin moral*”. Ed. Tecnos. 2010. Pág. 120.

en cuanto a su exacción y, sobre todo, justiciabilidad. Una primera aproximación a su concepto me lo proporciona la profesora BARRANCO, para quien los derechos sociales, económicos y culturales constituyen técnicas a través de las cuales se reclama al poder público que establezca condiciones y remueva obstáculos que dificulten que la dignidad sea real y efectiva; esto es, que impidan el pleno ejercicio de los derechos individuales y civiles y de los derechos de participación política³⁷⁶. No obstante el valor que tiene esta aportación, a mi juicio, resulta un poco reduccionista, en la medida en que, por ejemplo, en relación con las personas con discapacidad, medidas como los apoyos personales o los ajustes razonables tienen ya una entidad propia y, por lo tanto, no interpretados en relación con un derecho de autonomía.

No obstante la fuerza fundamental apuntada que los caracteriza, también comparten elementos que les otorga una virtualidad especial y única. Como afirma GARCÍA MANRIQUE: *“Creo, en efecto, que los derechos sociales son diferentes de los demás y que ignorar esta diferencia puede llevar a desnaturalizarlos, perjudicando su causa y la de los derechos fundamentales en general”*³⁷⁷.

Son varios los aspectos desde los que puede esa singularidad ser analizada: la técnica jurídica y la vertiente ética. Desde el primer punto de vista, se destaca si los DESC presentan los mismos elementos configuradores que he destacado anteriormente para los demás derechos; desde el segundo aspecto, la fundamentación, los valores que atienden y aquéllos que de garantizarse estos derechos, resultan preservados en la sociedad. El análisis de estos dos elementos, el concepto y fundamento de los derechos sociales, resulta esencial para el estudio que efectúo. Ya he apuntado la falta de justiciabilidad que se destaca cuando se acomete el estudio de los derechos sociales. Si, con la salvedad de determinados matices en cuanto al concepto, hubiera una coincidencia en el ordenamiento jurídico en cuanto a la fundamentación de estos derechos, se podría extraer como consecuencia que la diferencia de exigibilidad de una u otra categoría es más política que jurídica,

³⁷⁶ BARRANCO AVILÉS, M.C. *“Mujer y derechos económicos, sociales y culturales”*. Instituto Bartolomé de las Casas. Derechos y libertades. Núm. 23, Época II, junio 2010. Pág. 227.

³⁷⁷ GARCÍA MANRIQUE, R. *“Los derechos sociales como derechos subjetivos”*. Derechos y libertades. Nº 23. Época II. Junio 2010. Ed. Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas; Dykinson. (versión electrónica). Pág. 76.

o incluso, como indica CASCAJO, la falta de familiaridad del poder judicial con la fiscalización de normas finalistas y con la interpretación de directrices políticas que están en la base de muchos de los derechos sociales³⁷⁸. Es por ello que he destacado la importancia que tiene este estudio teórico respecto de este conjunto de derechos.

Una de las primeras cuestiones que plantea el estudio de este grupo de derechos es el propio concepto. Como reflejo en el desarrollo del apartado, empiezo por utilizar la denominación derecho social, ya que, a mi juicio, el mismo tiene un origen histórico. En sus inicios, constituyeron, como he desarrollado más adelante en este capítulo, derechos de un grupo social en exclusión, el colectivo de trabajadores. El concepto moderno de derecho social abarca un ámbito más amplio que los clásicos derechos sociales laborales, siendo aquéllos vinculados a las necesidades básicas como la educación, salud, alimentación o vivienda³⁷⁹; ésta es la solución que se adopta en el presente trabajo. Son derechos mediante los que se atienden necesidades básicas para el desarrollo de la persona. Internacionalmente, se utiliza la denominación de DESC, en cuanto derecho económico, social y cultural, para hacer referencia a los derechos reconocidos de grupos humanos en riesgo de exclusión social. No obstante, se utiliza comúnmente la denominación derechos sociales para definir este conjunto de derechos específicos, desde el punto de vista del ámbito material de la personalidad humana que desarrollan. Se pueden utilizar ambas denominaciones de forma indistinta, según que se ponga el acento en el ámbito material o personal del derecho mismo, tal como he apuntado anteriormente.

La Constitución Española ve en el principio de igualdad de oportunidades la garantía básica y condición necesaria para la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales³⁸⁰. Como indicaré, por lo tanto, en el apartado siguiente, los DESC son los instrumentos para la realización del principio de igualdad material de forma efectiva, teniendo como destinatarios principales de esa acción pública los grupos de personas más desfavorecidas.

³⁷⁸ CASCAJO CASTRO, J.L. “Derechos sociales”. Pág. 24.

³⁷⁹ PISARELLO, G. /OBSERVATORIO DESC. “Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción”. Ob. cit. Pág. 26.

³⁸⁰ GARRIDO FALLA, F y otros. “Comentarios a la Constitución”. Ed. Civitas. 2001. Pág. 277.

3.1. Sobre el concepto: sus principales dimensiones

Como he analizado en el apartado dedicado a la definición del derecho, todos los derechos son, en principio, sociales, en la medida en que las normas, las leyes, el propio sentido del Derecho, es regular las relaciones de la vida en sociedad. No obstante, este elemento sirve para ilustrar un sentido específico que tienen los derechos encuadrables en esta categoría; en la medida en que los DESC surgen de la consideración de la persona no aislada, sino en un contexto social. Si en una categoría de derechos se encuentra presente este aspecto es, precisamente, en los DESC. Este elemento destacado se encuentra en la definición de GURVITCH de los derechos sociales que ha devenido clásica; el autor los define como: “*derechos de participación de los grupos e individuos que surgen de su integración en grupos y garantizan el carácter democrático de éstos*”³⁸¹. En la medida en que, como destaca el autor, se da un pluralismo en la vida social, resulta preciso destacar también la existencia de un pluralismo jurídico en la vida real del derecho; por ello, cada grupo social dispone de capacidad de generar su propio orden jurídico autónomo³⁸². Rechaza, por lo tanto, que bajo este concepto se acoja el sentido de un derecho de protección de los débiles o desposeídos, ligado a la política social del Estado³⁸³. A mi juicio, sin ser directamente aplicable una concepción fisiocrática del Derecho como la que propugna este autor, no obstante, aporta interesantes elementos que deben ser objeto de consideración: 1) el derecho social sería un derecho de integración, configurado como un derecho autónomo de cada grupo engendrado directamente por él; 2) cada grupo genera no sólo ese derecho de integración, sino también su propio orden de derecho individual, derecho de coordinación³⁸⁴. El Derecho es, en este sentido, reflejo de un poder que se residencia en el Estado democrático, que no es un poder de dominación, sino de integración en la comunidad política subyacente³⁸⁵, máxime en aquellas situaciones en las que existe un peligro cierto de pérdida de la libertad.

³⁸¹ “...droits de participation des groupes et des individus decoulant de leur intégration dans des ensembles et garantissant le caractère démocratique de ces derniers”. GURVITCH, G. “*La déclaration des droits sociaux*”. Ed. J. Vrin. Paris. 1946. Pág. 79.

³⁸² Idem. Pág. 72.

³⁸³ Esta idea se encuentra en Idem. Pág. 72.

³⁸⁴ GURVITCH, G. “*La idea del Derecho Social*”. Ob. Cit. Pág. 23.

³⁸⁵ En este sentido, Idem. Pág. 32.

Surge la idea de los derechos sociales como una respuesta histórica que, sobre la base de autores como Grocio y su sucesor Leibniz, reacciona contra el individualismo jurídico de Hobbes y Kant³⁸⁶. Según indica GURVITCH, para LEIBNIZ la idea de que la vocación del derecho no es solamente impedir el mal, sino también procurar el bien de la totalidad, le conduce directamente a la idea del “*derecho social*”³⁸⁷. A mi juicio, esta afirmación resulta básica para la concepción de derecho que mantengo en este trabajo, vinculada con una idea de justicia no distributiva, sino material, que sólo puede ser articulada a través de la libertad promocional, en la que ocupan un papel preeminente los derechos sociales. El Estado, a través de su autoridad, debe satisfacer las necesidades de justicia que surgen en su seno; sociedad y poder político son dos elementos de la estructura estatal que se interrelacionan sobre la base de un principio de coordinación, bajo el marco del texto constitucional. La autoridad del poder político se debilita cuando ciertos grupos sociales quedan sin una protección suficiente del ordenamiento jurídico; máxime cuando se refiere a grupos que viven bajo el riesgo de ser perjudicados por una situación de exclusión social. Ante esta situación, esa relación de coordinación debe ceder en beneficio de otra relación más intensa, la de integración, o inclusión en el sentido que ha introducido la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

La propia configuración de esta categoría de derechos, con una elaboración de distintos contenidos, en función de las necesidades que surgen de la interacción de la persona en el contexto social, configura un contenido de tipo variable, que dificulta la elaboración, en principio, de una definición. Por esta vía es por donde ha venido uno de los numerosos ataques recibidos por los derechos sociales; una persistente falta de interés no ya jurisprudencial, sino también doctrinal para la elaboración de una definición que pudiera aglutinar unos derechos de contenido tan dispar. Teniendo en cuenta que resulta una materia

³⁸⁶ Esta interpretación se contiene en la siguiente afirmación de Gurvitch: “*Leibniz se propone, ante todo, defender el objetivismo jurídico contra el subjetivismo voluntarista de Hobbes y de Pufendorf, quienes arruinaron la valiosa herencia de Hugo Grotius. Aquéllos, habiendo aislado artificialmente a los individuos soberanos de la <totalidad>, sólo lograban reunirlos posteriormente mediante la superposición mecánica de una voluntad preponderante con las otras voluntades, lo que conducía a interpretar el derecho como el poder de imponerse a otro sujeto, ya estuviera ese poder en manos de una persona en grande –el Estado– o en pequeño –individuo–*”. Idem. Págs. 219-220.

³⁸⁷ Idem. Pág. 224.

que representa, como pone de manifiesto CASCAJO: “...uno de los conceptos más inciertos y menos unívocos del derecho público”³⁸⁸.

Con el fin de poder adentrarme en su concepto, entiendo que resulta útil que me acerque a la definición de los derechos humanos, en cuanto derechos inalienables, generadores de derechos subjetivos. Siguiendo a SEN en su definición de los derechos humanos: “Para que una libertad sea incluida como parte de un derecho humano, tiene que ser lo suficientemente importante como para ofrecer razones para que los otros le presten seria atención. Debe haber algunas condiciones de umbral de relevancia, incluida la importancia de la libertad y la posibilidad de influir en su realización, para que figure de modo plausible dentro del espectro de los derechos humanos. En la medida en que se necesite un acuerdo para el marco social de los derechos humanos, el acuerdo consistiría no sólo en si una libertad particular de una persona particular tiene alguna importancia ética, sino también en si la relevancia de esa libertad cumple la condición de umbral de tener suficiente importancia social para ser incluida como parte de los derechos humanos de esa persona, y de modo correlativo generar obligaciones para que otros vean cómo pueden ayudar a la persona a realizar esas libertades....”³⁸⁹. Analizadas estas palabras del profesor y Premio Nobel hindú, no percibo diferencias entre los derechos sociales y el resto de las categorías de derechos humanos. Es por ello, que, de haberlas, pueden responder a cuestiones ajenas al mero concepto de estos derechos.

La profesora AÑÓN destaca respecto de esta cuestión la idea de que la conceptualización de los derechos sociales resulta heredera de una concepción estándar que los califica como distintos a todos los restantes derechos fundamentales y/o humanos, refiriéndonos a los derechos que figuran contenidos en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (Asamblea General, Resol. 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966)³⁹⁰. De acuerdo con la postura tradicional apuntada, se podría pensar, pues, que una realidad como la de los derechos sociales no resultara una institución mutable y

³⁸⁸ CASCAJO CASTRO, J.L. “La tutela constitucional de los derechos sociales”. Centro de Estudios Constitucionales. 1988. Pág. 47.

³⁸⁹ SEN, A. “La idea de la Justicia”. Ed. Taurus. 2009. Pág. 400.

³⁹⁰ AÑÓN, M.J. “Derechos sociales: inconsistencia de una visión compartimentada” en “Teoría de la Justicia y Derechos fundamentales”. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba. (varios autores). Vol. III. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson. 2008. Pág. 21.

que su concepción no hubiera evolucionado en absoluto desde ese primer texto. Por contra, analizando su desarrollo histórico, se puede ver cómo los derechos sociales figuran en la propia Declaración del Hombre y del Ciudadano en la Francia revolucionaria de 1789, como ha quedado dicho anteriormente, y que estos mismos derechos son enunciados junto a los restantes derechos del hombre³⁹¹; ¿significaría, por lo tanto, que la realidad del Siglo XVIII mutó en el acogimiento de una normativa restrictiva que se efectuó en el seno de la ONU en el Siglo XX? A mi juicio no ha sido así; ambas concepciones son fruto de la misma realidad. Como he destacado en el apartado relativo a su formación histórica, los elementos que justificaron su inclusión en la Declaración de Derechos producto de la Revolución Francesa se han mantenido a lo largo de los siguientes doscientos años; son derechos de igualdad. Como manifiesta GARCÍA MANRIQUE, estos derechos tienen una fuerza emancipadora distinta y mayor de la que pueden tener los demás derechos fundamentales, y esta fuerza queda debilitada si se ignora su especial condición; reforzar los derechos sociales por la vía de remarcar sus semejanzas con los demás derechos fundamentales es necesario y conveniente, pero puede y debe hacerse sin ignorar su peculiaridad³⁹².

Antes de enunciar unas definiciones sobre la categoría de derechos que estudio, entiendo que resulta preciso enumerar una serie de elementos que han de formar parte de una futura definición. Los elementos que califican la postura de CONTRERAS³⁹³ sobre los derechos sociales viene representados por la enumeración siguiente: 1) son derechos-prestación; 2) son derechos del hombre “contextualizado”; 3) se basan en la solidaridad comunitaria; 4) son derechos de titularidad individual; 4) son derechos (tendencialmente) universales; 5) su finalidad es la satisfacción de las necesidades humanas básicas. Este conjunto da lugar a una definición de derechos sociales que el profesor CONTRERAS enuncia como: *“aquellos derechos en que se concreta, mediante diversos tipos de prestaciones, la colaboración de los poderes públicos en la satisfacción de*

³⁹¹ Como acertadamente manifiesta FERRAJOLI: “En el Título I de la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791 se establece, entre las disposiciones fundamentales garantizadas por la constitución que se creará y organizará un instituto general de socorros públicos para educar a los niños abandonados, dar asistencia a los pobres y enfermos y proporcionar trabajo a los pobres válidos que no hubieran podido procurárselo”. Nota 12 en FERRAJOLI, L. “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”. Ob. Cit. Pág. 894.

³⁹² GARCÍA MANRIQUE, R. “Los derechos sociales como derechos subjetivos”. Ob. Cit. Pág. 77.

³⁹³ CONTRERAS PELÁEZ, F.J. “Derechos sociales: Teoría e Ideología”. Ed. Tecnos. 1994. Págs 17-41.

*necesidades básicas del individuo*³⁹⁴. El profesor PECES-BARBA delimita el contenido típico de estos derechos, sobre la base de los elementos siguientes: 1) son derechos para los que carecen; 2) establecen a favor de sus titulares una prestación normalmente a cargo de los poderes públicos, aunque, en ocasiones, pueden estar a cargo de otros particulares; 3) se les suele considerar derechos de crédito; 4) resuelven una carencia, en relación con una necesidad básica, que impide el desarrollo como persona y la libre elección de planes de vida de quien se encuentre en esa situación³⁹⁵. “*Libertad de la necesidad*”, es el objetivo que, a juicio de GARCÍA MACHO cumplen los derechos sociales³⁹⁶; yo considero más acertado el valor de “*libertad en la necesidad*”. Desarrollando la definición que nos ocupa, resulta interesante la posición que mantiene SEGOVIA de considerar los derechos sociales como: “...créditos del hombre hacia la sociedad, derechos de crédito que amparan una posibilidad o garantizan una posición (la mayoría de las veces futura), cuya realización no depende ya directamente de las potencialidades individuales”³⁹⁷.

En el lado negativo, son numerosos los autores que han intentado asignarles a estos derechos un elemento aglutinador, como por ejemplo el grupo que recomienda su inclusión en la categoría no de los derechos, sino en la de “*servicios sociales*” (p. ej., como destaca FERRAJOLI³⁹⁸, quedarían comprendidos en este grupo Danilo Zolo y J.M. Barbalet). Igual de reduccionista resulta esta solución como la que vincula estos derechos con el paternalismo, como he analizado en el Capítulo I.

Como síntesis de las posturas anteriores, los derechos sociales, a mi juicio, a modo de definición, son derechos mediante los que se lleva a cabo la satisfacción de determinadas necesidades básicas del individuo, de un individuo situado en el contexto social, por medio de los cuales se garantiza su libertad e igualdad material de forma efectiva. Este efecto ambivalente ha sido destacado por HABERMAS, en la medida en que apunta que los sujetos dotados de esos derechos no sólo quedan en situación de gozar de unas prestaciones otorgadas en términos paternalistas, sino que ellos mismos se implican en la interpretación

³⁹⁴ Idem. Ed. Tecnos. 1994. Pág. 47.

³⁹⁵ PECES-BARBA, G. “*Derechos sociales y positivismo jurídico*”. Ob. Cit.. Págs. 59-60.

³⁹⁶ GARCÍA MACHO, R. “*Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*”. Ob. Cit. Pág. 119.

³⁹⁷ SEGOVIA, J.F. “*Derechos humanos y constitucionalismo*”. Ed. Marcial Pons. 2004. Pág. 47.

³⁹⁸ FERRAJOLI, L. “*Derechos y garantías. La Ley del más débil*”. Ed. Trotta. 2006. Pág. 108.

de los criterios conforme a los que ha de establecerse la libertad jurídica en vista de las desigualdades fácticas³⁹⁹.

Coincido con SAURA en la afirmación de que lo que cabe plantearse, sin embargo, es si la dicotomía entre libertad e igualdad es “*consustancial*” a los derechos sociales o forma parte de una deliberada opción política respecto de su protección⁴⁰⁰. De esa aparente confrontación parece que debe salir triunfante la primera, pero cuando resulta que ambos valores figuran igualmente comprometidos en la defensa del ámbito personal del individuo, los dos deberían tener idéntica consideración. Como se puede ver, a continuación, los aspectos que se destacan no resultan especialmente discernibles de una u otra categoría de derechos. Por otro lado, desde un análisis en clave de derechos, el análisis político no resulta un argumento definidor del alcance material que debe tener una categoría concreta de derechos; si dejo a un lado la dogmática política, me doy cuenta que no hay diferencias sustanciales entre unos u otros derechos en sus cualidades esenciales, como voy a exponer a continuación.

3.1.1. Un aspecto eminentemente positivo

El elemento que se enuncia no se atribuye únicamente a los DESC, dado que el mismo resulta inherente a cualquier relación del Estado con los ciudadanos y ciudadanas. Esta relación ha sido ampliamente estudiada por JELLINEK, destacando que los individuos, en cuanto objetos del poder del Estado, son sujetos de deberes, pero, en cuanto miembros del Estado, por el contrario, son sujetos de derecho⁴⁰¹; siendo el reconocimiento del individuo como persona el fundamento de todas las relaciones jurídicas⁴⁰². Como una de las manifestaciones posibles de la relación, los derechos de autonomía se caracterizan por presentar una doble dimensión: la positiva y la negativa. La primera proviene de la acción para configurar los medios para el ejercicio del derecho; la segunda, la abstención en la realización de aquellos actos de los que puedan surgir aquellas barreras que impidan a una persona el disfrute de

³⁹⁹ HABERMAS, J. “*Facticidad y validez*”. Ob. Cit. Pág. 513.

⁴⁰⁰ SAURA ESTAPÁ, J. “*La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)*”. Papeles el tiempo de los derechos. Huri-Age. Consolider Ingenio 2010. Nº 2. 2011. Pág. 2.

⁴⁰¹ JELLINEK, G. “*Teoría General del Estado*”. Ed. Fondo de Cultura Económica. 2000. Ob. Cit. Pág. 380.

⁴⁰² Idem. Pág. 388.

ese derecho. En el caso de los DESC, si parto de la definición apuntada en el apartado anterior, presentan igualmente ese doble contenido; ello es así porque esta característica no es propia de una u otra categoría de derechos, sino sustancial a las relaciones políticas del Estado con el sustrato de personas que lo conforman.

Resulta clásica la diferenciación que efectúa JELLINEK de cuatro distintos status en sus relaciones con el Estado: 1) *status pasivo*, en el que el individuo se encuentra sometido a la voluntad del Estado, si bien la subordinación se extiende sólo hasta donde el derecho ordena, pues toda exigencia del Estado respecto del individuo debe estar fundada jurídicamente; 2) *status negativo*, en el que se le garantiza al individuo una esfera de libertad como derivación de su personalidad, en la que se abstrae de las limitaciones jurídicas que le son impuestas, y que se articula como un límite al poder del Estado, motivo por el que se le otorga carácter jurídico; 3) *status positivo*, en el que el individuo por su inclusión en un determinado Estado goza de ciertos derechos frente a éste, es decir, el Estado está obligado a determinadas prestaciones o acciones positivas en servicio y protección de sus intereses individuales, que se deriva de las exigencias de la personalidad; 4) el *status activo* en el que el Estado reconoce al individuo la capacidad de ser activo, es decir, frente al status pasivo donde el individuo está sometido a la voluntad del Estado y no puede exigirle nada, ahora en el status activo el individuo participa en la formación de esa voluntad estatal y desde este hecho exige individualmente al Estado⁴⁰³. En el penúltimo y último status se situarían los derechos políticos y la mayoría de los DESC; no obstante, hay otros, como el derecho de asociación que, reconocida su naturaleza de derecho fundamental, se sitúa en el estatus negativo, en cuanto reconoce un ámbito de libertad ajeno al poder del Estado, como es el derecho de auto-organización de las entidades asociativas. No obstante, como se puede apreciar, el conjunto de relaciones entre el Estado y los individuos no se puede catalogar dentro de uno u otro status, sino que resultará variado en función del contenido del derecho que debe ser respetado. Lo que, a mi juicio, resulta destacado de la valoración de JELLINEK es que la fundamentación de las obligaciones del Estado para con

⁴⁰³ Idem. Págs. 388-391.

sus ciudadanos reside en el reconocimiento mismo de la personalidad de sus individuos; lo que no permite excusar su cumplimiento.

GORDILLO PÉREZ percibe en este aspecto la dificultad para lograr su equiparación, en lo que a sus garantías se refiere, destacando que los derechos individuales comienzan reservando un ámbito de autonomía del individuo (independencia), y que los derechos públicos y políticos suponen también acciones del individuo vinculadas a su desenvolvimiento personal y a la participación en la vida pública y política; mientras que los derechos sociales, aunque presenten un contenido último que pueda describirse como bien personal, implican en un primera instancia deberes positivos del Estado o garantías constitucionales, y por ello la acción política estatal cobraría una mayor importancia sobre el contenido personal⁴⁰⁴. No comparto esta afirmación; el eje del derecho debe ser, en todo caso, el bien jurídico que constituye su esencia. Al respecto, no existe diferencia entre una y otra categoría de derechos, como acabo de afirmar anteriormente. Lo accesorio o adjetivo debe ser siempre cómo se articulan estos derechos; el conjunto de medidas que se ponen en marcha para lograr su eficacia.

Siguiendo esta línea que apunto, para el profesor RUIZ MIGUEL resulta incierta la diferenciación entre derechos positivos y negativos, sino que uno u otro aspecto resulta el fruto de una catalogación de los derechos fundamentales entre derechos activos, con su correlato de obligaciones negativas, y no activos (derechos de recepción o de crédito), que imponen deberes positivos⁴⁰⁵. GARCÍA MACHO ve en este aspecto positivo una nueva dimensión de los derechos fundamentales, que son los derechos fundamentales sociales, que tienen su origen en la Carta Social Europea: *“El reconocimiento de derechos fundamentales sociales se lleva a cabo por medio de la Carta social europea de 4-11-1961, firmada en Turín por 12 de los 16 Estados miembros del Consejo de Europa. La Carta quiere ser un complemento en el sector de los derechos sociales del individuo a la Convención europea de derechos del hombre, por lo que está estrechamente conectada con ésta. Mientras la Convención europea de derechos del hombre*

⁴⁰⁴ GORDILLO PÉREZ, L. “Derechos sociales y austeridad”. Ob. Cit. Pág. 36.

⁴⁰⁵ RUIZ MIGUEL, A. “Derechos liberales y derechos sociales”. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Nº15-16. 1994. Pág. 662.

*protege los derechos fundamentales caracterizados como clásicos, que garantizan una no intervención del Estado en la esfera de libertad del individuo, la Carta social parte de una nueva concepción de los derechos fundamentales. En base a esta nueva dimensión de los derechos fundamentales debe serle asegurado al individuo por el Estado prestaciones positivas que le sirvan como garantía de la existencia en las vicisitudes de la vida*⁴⁰⁶. No obstante, como se puede apreciar, ambos textos tienen el mismo rango de norma, Tratados y Convenios internacionales, por lo que se sitúan en un mismo nivel de exigibilidad, en relación con el ordenamiento jurídico interno.

La propia enunciación del PIDESC se formula en sentido positivo, ya que, según su artículo 2.2, los Estados partes deben garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Por otro lado, conforme dispone su artículo 4, cualquier limitación de los derechos garantizados, únicamente será admisible siempre que las limitaciones resulten determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.

Tal como ha interpretado el Comité de DESC, las obligaciones de los Estados firmantes se extienden a respetar, proteger y garantizar el ejercicio de los derechos enunciados en el Pacto de todas las personas bajo su jurisdicción, en el contexto de las actividades empresariales llevadas a cabo por empresas de titularidad pública o privada (artículo 2 1) del Pacto⁴⁰⁷. Cada una de las obligaciones indicadas el Comité las interpreta de la forma siguiente: 1) Respetar; se entiende que los Estados partes han de garantizar la conformidad de sus leyes y políticas sobre las actividades empresariales con los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto. En el contexto de esta obligación, los Estados partes han de procurar que las empresas observen la debida diligencia para asegurarse de que no impiden el

⁴⁰⁶ GARCÍA MACHO, R. *“Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda”*. Ob. Cit. Pág. 55.

⁴⁰⁷ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *“Declaración sobre las obligaciones de los Estados partes en relación con el sector empresarial y los derechos económicos, sociales y culturales”*. 12 de julio de 2011. E/C.12/2011/1. Pág. 2. Versión online.

disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto por las personas que dependen de sus actividades o se ven perjudicadas por ellas. 2) Proteger los derechos; significa que los Estados partes deben ofrecer una protección eficaz a los titulares de derechos contra las violaciones de sus derechos económicos, sociales y culturales en las que intervengan agentes empresariales, mediante la adopción de leyes y reglamentos adecuados y de procedimientos de vigilancia, investigación y rendición de cuentas para establecer y hacer cumplir las normas de actuación empresarial, pudiendo producirse el incumplimiento de esta obligación por acción u omisión; esta obligación se extiende a la de tomar medidas para impedir que empresas con domicilio social en su jurisdicción vulneren los derechos humanos en el extranjero, sin atentar a la soberanía ni menoscabar las obligaciones de los Estados de acogida en virtud del Pacto. 3) por garantizar el ejercicio de los derechos, los Estados partes han de comprometerse a obtener el apoyo del sector empresarial para hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales⁴⁰⁸.

No obstante, la fundamentación de estos derechos, a la que me referiré más adelante en este capítulo, por su relación estrecha con los principios de libertad, igualdad y solidaridad en el marco del valor del respeto a la dignidad del hombre, no permite delimitar su contenido. La puesta en valor de estos derechos conlleva que su contenido vendrá predeterminado por su resultado; el derecho mismo obliga a maximizar el ámbito de libertad posible que se puede preservar al individuo, independientemente de que el mismo se deba obtener a través de una acción positiva o una abstención. Entiendo que ésta es la valoración que ha de otorgársele a estos derechos cuyas beneficiarias resulten ser las personas con discapacidad, desde la ratificación de la Convención específica de Naciones Unidas.

Precisamente, partiendo del valor preeminente del principio libertad e igualdad, usando la definición de DESC indicada, del haz de obligaciones que emanan de estos derechos surgen con carácter no sólo positivo, sino también negativo; este sentido lo comparten las acciones destinadas a subsanar conductas discriminatorias hacia las personas con discapacidad. Una acción individual ejercida con este carácter, irá destinada, entre otros fines posibles, a

⁴⁰⁸ Idem. Págs. 2-3. Versión online.

obligar al sujeto infractor a que cese la conducta lesiva y reparar su resultado. Es por ello que la actual configuración de estos derechos permite actualizar su contenido con todas aquellas acciones que resulten precisas para preservar los derechos de las personas afectadas; no resulta una fórmula abierta en la configuración de los derechos, sino que su contenido real viene predeterminado por el objetivo a alcanzar, persiguiendo el desenvolvimiento de su contenido pleno.

No obstante, los derechos sociales no sólo implican un conjunto de facultades reconocidas a sus titulares; los mismos conllevan una importante dimensión social, en la medida en que facilitan el empoderamiento de grupos sociales que deben luchar constantemente contra la creación de barreras que imposibilitan su desarrollo personal. Este aspecto orgánico debe acompañar siempre a la mera atribución de titularidades de derechos específicos; es ésta una dimensión distintiva de los derechos sociales; de la misma manera que, en un sentido análogo, la puesta en marcha de tal catálogo de derechos facilita un marco de inclusión social y cohesión del que toda la sociedad se beneficia en su conjunto.

3.1.2. Un contenido prestacional

En numerosas ocasiones se minusvalora la exigibilidad de los derechos sociales porque se entiende que, en su propia esencia, exigen para su exacción determinadas acciones de naturaleza positiva y, también frecuentemente, de carácter económico. Parece como si los derechos de autonomía, por contra, se disfrutaran de forma gratuita o espontánea, sin necesidad de allegar recursos financieros públicos, a diferencia de los derechos sociales. No obstante, como voy a exponer en este apartado, esto no es así, ni en uno ni en otro sentido. Por contenido prestacional se debería entender la acción que surge del sujeto obligado frente al titular del derecho. Como enuncia FERRAJOLI, a diferencia de los derechos de libertad que son derechos a los que corresponden prohibiciones (o deberes públicos de no hacer), los derechos sociales o materiales son derechos a los que deberían corresponder obligaciones (o deberes públicos de hacer)⁴⁰⁹. De conformidad con dicha definición, resultaría preciso un acto normativo complementario para

⁴⁰⁹ FERRAJOLI, L. *“Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”*. Ob. Cit. Pág. 861.

delimitar el contenido vinculante de un derecho de tal naturaleza; es decir, aquello que el titular del mismo tendría derecho a exigir. No obstante, el mismo no deja de ser un aspecto del variado contenido de potencialidades que estos derechos encierran, no el único.

Pienso por un momento en el derecho a la vida digna y adecuada que enuncia el artículo 47 del texto constitucional; en el primer apartado del precepto, se desarrolla la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. De conformidad con el literal de la norma, pues, el derecho social que enuncia se hace efectivo trasladando a las normas que apruebe el poder legislativo las medidas que resulten adecuadas para evitar la lesión del derecho principal por medio de un uso abusivo del derecho de propiedad. Como expongo, el contenido de este derecho se articula por un conjunto de medidas que en nada difieren del derecho de asociación, por ejemplo, respecto del que nadie duda que se trata de un derecho fundamental. Partiendo de la definición de prestación que enuncia FERRAJOLI, se puede ver que, en realidad, este derecho encuadrado en los DESC no difiere sustancialmente de otros derechos de los contenidos en la sección primera del Capítulo II del mismo Título. La única diferencia es que a uno la Constitución lo denomina derecho fundamental o libertad pública, y al otro no. Otro caso parecido ocurre con el segundo apartado del mismo artículo 47, conforme al cual se formula una declaración de que la comunidad participa en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos. En la práctica este derecho se incumple reiteradamente, dado que, por ejemplo, una vía para revertir ese beneficio a la comunidad sería los DESC, es decir, aquellos derechos cuya exigibilidad se ve cercenada en primer lugar cuando la economía no genera suficientes recursos para atenderlos. La obligación de los poderes públicos consistiría en medidas legislativas mediante las que se garantice la llegada de recursos suficientes a la comunidad, en la medida en que, en todo caso, las plusvalías siempre resultan generadas por la actividad de aprovechamiento del suelo. En estos supuestos, la labor del poder político consistiría en establecer los mecanismos de control suficientes para que esa ganancia revierta en fines de interés general y no en la ganancia particular de

los operadores privados y de los entes locales. Muchas veces se interpreta el derecho constitucional como el derecho a la obtención de una vivienda en sí, cuando, a mi juicio, el mismo resulta mucho más complejo. En algunas ocasiones será así, ya sea con cesión de uso gratuito o mediante precios de alquiler reducidos; en la mayoría de los casos la eficacia de este derecho se plasmará en la aprobación de un marco normativo que discipline el acceso del crédito a los particulares, con medidas preventivas que impidan la inclusión en las condiciones generales de contratación de cláusulas abusivas que se puedan traducir en la pérdida de la vivienda adquirida por la incapacidad patrimonial del particular de hacer frente a los rígidos compromisos asumidos.

Éste también es el sentido que se le ha venido dando al artículo 49 de la Constitución Española. En este mismo sentido, el artículo 3 de la LISMI enunciaba la obligación de los poderes públicos de prestar todos los recursos necesarios para el ejercicio de los derechos contenidos en el artículo 1 (y, por lo tanto, conforme a la redacción del indicado artículo, en razón a la dignidad que les es propia, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales, para su completa realización personal y su total integración social), constituyendo una obligación del Estado ...la garantía de unos derechos económicos, jurídicos sociales mínimos. En este mismo sentido, el TRDPCDYS recoge en su artículo 57 una declaración, conforme a la cual: *“1. Los poderes públicos garantizarán la prevención, los cuidados médicos y psicológicos, los apoyos adecuados, la educación, la orientación, la inclusión social y laboral, el acceso a la cultura y al ocio, la garantía de unos derechos económicos, sociales y de protección jurídica mínimos y la Seguridad Social”*. El nuevo Texto modifica la orientación recogida en la LISMI, cuya aplicación práctica fue escasa por la grandilocuencia y generalidad con la que se encontraba redactada. Desde el punto de vista técnico, a mi juicio, el conjunto de prestaciones que deben ser garantizadas, conforme a la enumeración que apunta el precepto, resultaría correcta; por un lado, enuncia ámbitos sectoriales que promueven la inclusión social de las personas con discapacidad, a la vez que reconoce el carácter fundamental de los DESC, al menos, en un contenido mínimo indispensable. No obstante, habrá que ver la aplicación práctica de este precepto, ya que no deja de enunciar un concepto jurídico indeterminado. ¿Cuál resultará ese contenido mínimo indispensable de los DESC?; para obtener la respuesta, habrá

que esperar a generar una construcción jurisdiccional suficientemente interpretativa. A falta de ella, el Principio II de las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴¹⁰, apartado 9, declara que: *“Se produce una violación del Pacto cuando un Estado no cumple con lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha calificado de “obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto”.* Estas obligaciones mínimas existen independientemente de los recursos de que disponga el país interesado o de cualesquiera otros factores y dificultades”. Esta obligación de respeto puede implicar la necesidad de emprender una acción positiva o el deber de no restringir los derechos; la falta de atención de los servicios básicos u obligaciones mínimas, sólo es admisible si ha utilizado todos los medios a su alcance para satisfacer con carácter prioritario tales obligaciones mínimas⁴¹¹.

En la doctrina, se viene destacando el aspecto prestacional en el contenido de los DESC como un argumento de oposición al contenido habitual de los derechos fundamentales en cuanto derecho subjetivo⁴¹². Independientemente de que, como comento en un apartado específico del Capítulo III, no procede sacralizar el alcance que a este último elemento haya de dársele, tampoco el contenido prestacional puede ser entendido como un factor excluyente de la categoría de los derechos fundamentales. El profesor MUÑOZ manifiesta que esta diferenciación resulta radicalmente inexacta, abundando en el hecho de que los derechos de prestación necesitan para

⁴¹⁰ Principios elaborados por un grupo de más de treinta expertos invitados por la Comisión Internacional de Juristas (Ginebra, Suiza), el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan (Cincinnati, Ohio, Estados Unidos de América), y el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Maastricht (Países Bajos), con motivo del décimo aniversario de los Principios de Limburg sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre el 22-26 de enero de 1997.

⁴¹¹ MUÑOZ MACHADO, S. *“Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General”*. Ed. Iustel. 2006. Vol. I. Pág. 1045.

⁴¹² AÑÓN, M.J. *“Derechos sociales: inconsistencia de una visión compartimentada”* en *“Teoría de la Justicia y Derechos fundamentales”*. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba. (varios autores). Ob. Cit. Pág. 26. Esta autora, con cita de ALEXY, R. *“Teoría de los derechos fundamentales”*, destaca que uno de los argumentos que mayor peso negativo ha vertido sobre las espaldas de los derechos sociales ha sido su calificación como derechos prestación.

realizarse, a veces, de políticas de protección y de abstención que normalmente se consideran exclusivas de los derechos civiles y políticos; y viceversa⁴¹³. Asimismo, existen derechos fundamentales claramente prestacionales, como la asistencia jurídica gratuita, cuya naturaleza determina, según tiene declarado el Tribunal Constitucional, que corresponda delimitarlos al legislador atendiendo a *“los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias”* (STC 16/1994, de 20 de enero. F.J 3). Por otro lado, como destaca CASCAJO, no todos los derechos sociales tienen un contenido prestacional⁴¹⁴.

Este elemento no resulta, pues, configurador de una única categoría diferenciada como los DESC. Resulta un auténtico absurdo que en el análisis dogmático de los derechos humanos se haya llegado desde el contenido del derecho a su catalogación, sobre la base exclusiva de ese elemento; sin duda, su efecto principal ha sido la aplicación a los derechos sociales de un nivel de reconocimiento reducido, condicionando el grado de su efectividad a los medios económicos disponibles, sobre la base del carácter limitado de los recursos presupuestarios públicos. En el tratamiento de los DESC se alternan fases expansivas y restrictivas, sin solución de continuidad; éste es el mejor argumento en contra de la diferenciación entre una y otra categoría de derechos; el disponer de un contenido variable fruto del vaivén político es lo más alejado que se puede pensar de la fundamentación jurídica de los derechos. Ésta, como analizaré más adelante, permanece invariable, sea cual sea el grado de reconocimiento que el poder político brinde a estos derechos sociales en un momento histórico concreto.

Por otro lado, en relación con el alcance de ese contenido prestacional, para algunos autores tan destacados, como por ejemplo PRIETO, la identificación entre derechos sociales y derechos de prestación, como se acaba de decir, resulta matizada; el autor reconoce que existen derechos generalmente considerados sociales que se alejan de la condición de derechos de prestación, (i) bien porque carecen de cualquier contenido prestacional —e.g., el derecho a la huelga o la libertad sindical— o (ii) porque la intervención

⁴¹³ MUÑOZ MACHADO, S. *“Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público General”*. Ob. Cit. Pág. 1041

⁴¹⁴ CASCAJO CASTRO, J.L. *“Derechos sociales”*. Ob. Cit. Pág. 21.

de los poderes públicos no se manifiesta en una prestación en sentido estricto —e.g., los que expresan restricciones a la autonomía individual en el contrato de trabajo—; también que habría otros derechos que, sin ser sociales, implicarían por naturaleza prestaciones jurídicas —e.g., derecho a la tutela judicial efectiva—; utiliza una noción de derechos prestacionales restringida, como derechos a «bienes económicamente evaluables», pues de lo contrario —dice— todos los derechos merecerían esa consideración al exigir una organización estatal que permita su ejercicio o los defienda⁴¹⁵. De las técnicas prestacionales pueden beneficiarse también algunos derechos que no las necesitan “*por naturaleza*”, como por ejemplo la libertad religiosa⁴¹⁶. La confusión que pudiera generar en los destinatarios y destinatarias la falta de precisión en relación al objeto o al contenido de estos derechos, nada de ello guarda relación con la catalogación y fundamentación de los mismos. Todas estas matizaciones, que relativizan enormemente la identificación de los derechos sociales con los derechos de prestación, no impiden sin embargo al autor optar finalmente por reducir los derechos sociales a los derechos de prestación en sentido estricto⁴¹⁷. No obstante, se puede ver cómo las conclusiones anteriores son simplemente producto de una generalización hasta cierto punto incompleta. En el caso, por ejemplo, del derecho de libertad sindical, el abanico de facultades que concede la Ley no puede ser ejercido sin determinadas prestaciones que son hechas efectivas por las empresas. Estoy pensando, por ejemplo, en el supuesto de la cesión de locales a las organizaciones sindicales. A mi juicio, pues, siempre se va a poder seleccionar excepciones en un sentido u otro, por lo que la abstracción que formula el profesor PRIETO no puede ser generalizada.

Ambos aspectos, las acciones que han de ser llevadas a cabo por los poderes públicos en un momento determinado para el desenvolvimiento pleno de un derecho y el factor de exigibilidad de un derecho, no son sino el fruto del haz de relaciones que los derechos fundamentales, o cualquier otro derecho, generan, en cuanto que todos ellos componen una realidad mutable y compleja. El mandato de efectividad de los derechos fundamentales en un

⁴¹⁵ PRIETO SANCHÍS, L. “*Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*”. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Nº 22. 1995. Pág. 15.

⁴¹⁶ Idem. Pág. 16.

⁴¹⁷ Idem. Pág. 21.

Estado social y democrático de derecho comporta incluir en el contenido de los derechos aquellas prestaciones estatales indispensables para el ejercicio del derecho⁴¹⁸. Por esta vía, se puede entender, pues, que el elemento prestacional no configura la naturaleza de un derecho, sino que forma parte de su contenido esencial, necesario para su exacción, su desenvolvimiento pleno. Como afirma la profesora BARRANCO: *“La concepción de los derechos como barreras frente a interferencias supone olvidar que los seres humanos no pueden desarrollar plenamente todas su facultades si no es, precisamente, a partir de ciertas interferencias de otros sujetos”*⁴¹⁹. Es decir, no puede desenvolverse plenamente un derecho sin una fuerza coactiva mínima en sentido contrario. Por otro lado, existen derechos humanos, como el derecho a la salud, cuyo contenido pleno no puede ser disfrutado sino mediante la acción positiva de los Estados, a los que se encomienda el reconocimiento y la creación de las condiciones para el disfrute del mismo por los ciudadanos y ciudadanas. En este caso, la falta de otorgamiento por las Administraciones Públicas de una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas puede ser hecha efectiva mediante un cauce procesal específico⁴²⁰. Para PRIETO, el principio prestacional o un derecho concreto a prestaciones puede ser reivindicado a través de dos caminos no excluyentes, pero distintos: el primero consistiría en invocar una concreta norma constitucional que proteja de forma singular una pretensión a cierto bien o servicio; un segundo camino, supondría apelar a la igualdad en su versión de que han de ser tratadas de forma desigual las situaciones de hecho diferentes⁴²¹. Ambas alternativas darían lugar a la misma solución: la exigibilidad y exacción del derecho.

En algunos casos, el ámbito prestacional se reducirá a la adopción de medidas organizativas concretas, que se interponen entre el derecho y la

⁴¹⁸ BASTIDA FREIJEDO, F. J. *“El entendimiento constitucional de la discapacidad”* en PRESNO LINERA, M.A. y SARLET, I.W. (editores). *“Los derechos sociales como instrumento de emancipación”*. Ed. Aranzadi-Thomson Reuters. 2010. Pág. 90.

⁴¹⁹ BARRANCO, M.C. *“Envejecimiento y discapacidad”* en CUENCA GÓMEZ, P (editora). *“Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español”*. Ob. Cit. Pág. 582.

⁴²⁰ Para remediar esta situación la LRJCA prevé un recurso específico como el contenido en su artículo 25.2, contra la inactividad de la Administración.

⁴²¹ PRIETO SANCHÍS, L. *“Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”*. Ob. cit. Pág. 22.

obligación, entre el sujeto acreedor y el sujeto deudor; siendo éste uno de los motivos que explican las particulares dificultades de los derechos prestacionales. Las libertades generan un tipo de relación jurídica sencilla donde los individuos saben perfectamente en qué consisten sus derechos y deberes recíprocos; mientras que estos otros derechos requieren un previo entramado de normas de organización, carentes de exigibilidad, que a su vez generan una multiplicidad de obligaciones jurídicas de distintos sujetos, cuyo cumplimiento conjunto es necesario para la plena satisfacción del derecho⁴²². Este desconocimiento devalúa, quizás, la efectividad de estos derechos; no obstante, este razonamiento permite entender que el problema que acecha a los DESC no es un problema de catalogación, sino de organización. Esta conclusión se puede ver en las convocatorias de suministros en el ámbito de la contratación del sector público; si se incorporase en la convocatoria la accesibilidad del producto o servicio que se contrata, el resultado que se obtendría es exponencial, generando una demanda interna suficiente para cubrir los posibles costes de desarrollo tecnológico que pudiera exigir.

Si, tal como planteo, el concepto actual de DESC se vincula con la fase de especificación de los derechos fundamentales y el reconocimiento de determinados derechos a grupos en riesgo de exclusión, resultará consustancial a ellos el desenvolvimiento de una acción por los poderes públicos mediante la que se derribe la barrera que la crea. El problema que plantea este contenido es que, de todos los poderes constitucionales, le corresponde al poder político fijar su alcance material. Es él mismo el que administra los recursos financieros presupuestarios; por ello, resulta una práctica habitual confundir este contenido prestacional con un aspecto del derecho, las prestaciones positivas, de tal manera que se excepciona a su cumplimiento, precisamente, la falta de recursos financieros. A ello ha contribuido notablemente el Tribunal Constitucional que ha mantenido un criterio restrictivo, conforme al cual el grado de efectividad de los derechos de prestación se encuentra condicionado por los medios económicos disponibles, dado el carácter limitado de los recursos (STC 162/1989); conforme con el

⁴²² Idem. 19.

principio contenido en el artículo 2.1 del PIDESC “...hasta el máximo de los recursos de que disponga”.

Sentado lo anterior, no obstante, los derechos sociales no exigen en todos los casos auténticas prestaciones, en cuanto acciones atributivas de derechos, sino de desenvolvimiento de políticas que faciliten el camino para que, incluso los sujetos privados, garanticen el ejercicio de aquéllos. Una de las características fundamentales que predico de los derechos sociales no es el reconocimiento ilimitado e universal de estos derechos, sino vinculado a situaciones de riesgo de exclusión social; esta característica facilita que, asimismo, el ámbito prestacional contenido en estos derechos se reconduzca por dos vías: 1) desde el punto de vista subjetivo, se reconocería exclusivamente a las personas afectadas por esa condición; 2) objetivo, dado que el ámbito de prestaciones queda delimitado por aquéllas que resulten necesarias para el desarrollo de su proyecto de vida digno.

No parece que al poder político le genere las mismas reticencias presupuestarias cuando se trata de allegar recursos al entramado de derechos civiles y políticos de los que él mismo es su principal beneficiario. Se trata, a mi juicio, de una confusión interesada, que puede quedar definitivamente aclarada otorgando a los DESC la categoría de derechos fundamentales, estableciendo por esta vía un contenido mínimo esencial frente a la discrecionalidad del poder político. Como manifiesta el profesor RUIZ MIGUEL, el coste de los derechos sociales de prestación puede ser comparativamente alto, en particular por la expansividad de su demanda, pero el argumento de la limitación de los recursos no siempre apela a una imposibilidad fáctica, sino que a veces presupone un criterio ideológico sobre cuánto y en qué es apropiado invertir o gastar ⁴²³. No obstante, este no es el criterio del legislador, ya que, como figura en el Preámbulo del Proyecto de Ley de Asistencia Jurídica Gratuita en tramitación, un derecho prestacional se trata de un derecho de configuración legal que debe aparecer unido a la existencia de recursos presupuestarios suficientes para su sostenimiento y la adopción de medidas que exigen de las Administraciones públicas la máxima eficiencia en la asignación de los recursos públicos. Esta eficiencia debe interpretarse en relación con la introducción de

⁴²³ RUIZ MIGUEL, A. “Derechos liberales y derechos sociales”. Ob. Cit. Pág. 660.

medidas para luchar contra los abusos que se producen, en efecto, pero no una limitación, en la práctica, de su disfrute.

Es ésta una de las debilidades del sistema; el contenido prestacional exige de la intervención de un legislador y de unas Administraciones Públicas dotadas de soberanía y de imperio; privilegios que pueden traer consigo en un momento dado la comisión de arbitrariedades e, incluso, de claras desviaciones de poder. Por ello, reclamo en este trabajo la contundente intervención de la sociedad civil, a través de las organizaciones representativas de los intereses colectivos, en la promoción de los DESC, ejerciendo un papel eficaz como instrumento de control político en el marco del Estado social.

3.1.3. El reconocimiento dotado de una dimensión colectiva

Cuando se predica de los derechos sociales una dimensión colectiva me estoy refiriendo a que, desde el origen, se trata de unos derechos cuyas características o elementos definidores concurren en aquellas personas que comparten unas circunstancias comunes. A diferencia de los derechos de autonomía, que son reconocidos de forma individual, en los derechos que pertenecen a la categoría de los DESC, su titularidad resulta atribuida de forma genérica a un colectivo o grupo social. Sin perjuicio de que su exigencia pueda ser hecha efectiva por cada uno de los miembros del grupo, o por éste mediante el ejercicio de una acción colectiva. Este atributo no empece, en absoluto, la categorización como derecho individual fundamental. Son los elementos definidores del grupo los que resultan determinantes para la atribución de su titularidad. Resulta el fruto de un proceso de homogeneización de las necesidades que presentan los miembros de este grupo social, que demandan respuesta a un mismo tipo de necesidades. Esta característica viene configurada así desde su origen histórico en el Siglo XIX, como indico en un apartado anterior de este mismo Capítulo. La relevancia de este aspecto es que, en relación con los derechos sociales, la problemática que genera su reconocimiento adquiere una dimensión colectiva. El significado que se debe atribuir al reconocimiento de estos derechos no puede obviar el número de personas a quienes se debe reconocer el bien protegido por estos derechos; este aspecto adquiere una relevancia fundamental, dado que, como he afirmado anteriormente, estos derechos van destinados a proteger las

situaciones de personas en riesgo de exclusión. La cuestión esencial que se deriva del reconocimiento de los DESC no es el número de personas beneficiarias, sino la esencialidad de los valores que promueven y protegen; aquí debería focalizar su análisis el poder y no en el anterior.

Son dos, pues, los elementos a analizar desde esta línea de análisis: la referida a su titularidad, y al objeto, sus beneficiarios y beneficiarias. En relación con el primer aspecto, la dimensión colectiva de estos derechos no conlleva que el interés protegido sea de esa naturaleza, dado que de lo que hablo es de derechos fundamentales, en los que resulta comprometida la dignidad del individuo. En relación con el segundo, como he destacado en el apartado anterior relativo a la definición de los derechos sociales, los mismos se garantizan respecto de determinadas personas o grupos de personas que presentan elementos definidores comunes. En el caso que analizo, las personas con discapacidad integran un colectivo para cuyos miembros el acceso a los derechos sociales se justifica por la existencia de un conjunto de barreras sociales, entre las que destaca, por un extremo, la falta de diseño y accesibilidad universal de los servicios, y por el otro, las situaciones de pobreza a las cuales son más proclives estas personas, como consecuencia precisamente de los factores sociales que conforman la discapacidad⁴²⁴. Por ello, no se pueden predicar derechos sociales de un sujeto concreto, sino por vía indirecta, por su pertenencia a un grupo social, cuyas especiales características comunes acreditan la existencia de un déficit de inclusión social. Son, pues, derechos en una estricta dimensión colectiva. Así lo reconoce el Principio IV de las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuyo apartado 20 declara que pueden ser víctimas de violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales, tanto individuos como algunas colectividades que sufren un perjuicio desproporcionado, como las personas con discapacidad. Un aspecto distinto dentro de esta misma dimensión colectiva lo brindan los derechos de tercera y cuarta generación, que desarrollo en un apartado distinto; sistema de análisis de la evolución de los derechos humanos que tiene en su última fase una consideración especial por los derechos colectivos, en los que el grupo

⁴²⁴ PALACIOS, A. *“El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”*. Ob. Cit. Pág. 301.

beneficiario es la propia sociedad. Resulta, quizás, en estos últimos derechos donde figura de forma más clara los intereses difusos de la colectividad; los bienes o intereses colectivos. Sería una fase más de desarrollo de estos derechos excediendo el mero límite colectivo, en el que quedan indeterminados el conjunto de beneficiarios y beneficiarias.

Este aspecto colectivo tiene, igualmente, una vertiente negativa, dado que la injusticia tiene carácter grupal; es decir, que no son casos individuales, sino que detrás de un caso individual existe una dimensión de injusticia intergrupal⁴²⁵, en la que, “*prima facie*” se encuentran afectados todos los miembros de un mismo grupo. Esta manifestación guarda una relevancia trascendental; en la práctica, la falta de reconocimiento de los derechos sociales se plasma en la totalidad de los miembros pertenecientes a un mismo colectivo. No resulta, pues, una situación de desigualdad formal, en cuanto se trata de forma igual a los iguales (todos los miembros de ese grupo), sino que se debe acometer desde una perspectiva de justicia material. Es por ello que las reclamaciones de estos derechos resultan muy difíciles de plantear en la práctica, dado que no hay todavía una conciencia clara en los operadores jurídicos del contenido y alcance del concepto igualdad material.

En esta dimensión colectiva existe una dimensión de la necesidad atendida como bien protegido de una suficiente entidad para que el propio mercado reaccione en la dirección correcta. Me explico: al inicio de este trabajo había indicado precisamente que la discapacidad conlleva un incremento notable de ciertos costes, dado que, por ejemplo, las series de productos que se comercializan en el mercado y que son destinados a las personas con discapacidad serían más reducidas, por lo que el precio final de venta al público resultaría más elevado. No obstante, en la medida en que las necesidades de las personas dentro de un mismo grupo resultan coincidentes, como explico en este apartado, se genera un volumen de demanda suficiente de un producto o servicio concreto. A mi juicio, en muchos casos, existe una falta de conciencia de la dimensión poblacional de la que estoy hablando; adquirido ese conocimiento de la homogeneidad del grupo destinatario de un producto o servicio, los proveedores obtendrían una masa crítica de suficiente

⁴²⁵ DE ASÍS ROIG, R; AIELLO, A.L.; BARIFFI, F; CAMPOY, I; PALACIOS, A. “*Sobre la accesibilidad universal en el Derecho*”. Ob. Cit. Pág. 40.

entidad para que la producción de un producto accesible resulte económicamente viable. Este carácter colectivo arroja una dimensión hasta ahora inexplorada por el mercado.

En el grupo de las personas con discapacidad se dan varios tipos de intereses con una dimensión colectiva: en algunos casos serán intereses supraindividuales de imposible reclamación individual; en otros, serán accionables de forma individual, si bien la dimensión colectiva puede generar en este caso un plus calificador. Ejemplo del primer supuesto, resultaría una reclamación para el cumplimiento de las cuotas de reserva de empleo en beneficio de personas con discapacidad, o el cumplimiento de las medidas alternativas, como recoge la legislación vigente. En estos casos, la acción será dirigida por los movimientos asociativos que ejerzan la defensa de esos derechos. Respecto de la segunda situación, sería, a título de ejemplo, la demanda de medidores de glucosa accesibles para personas con discapacidad visual, subvencionados por las Comunidades Autónomas; en este supuesto, si bien la acción puede ser ejercida por una sola persona afectada, la dimensión que adquiere la acción colectiva no deja lugar a dudas. En este supuesto, cuanto mayor y más cohesionado resulte el grupo de beneficiarios y beneficiarias, mejor.

Partiendo de este régimen de atribución de titularidad, el mismo lleva asimismo un corolario de acciones de defensa igualmente colectivas. Ciertamente, el ámbito de ejercicio no es un elemento diferenciador de los derechos sociales respecto de los derechos civiles y políticos. La apuesta del legislador por la posibilidad procesal de ejercer acciones colectivas ha perseguido ampliar las posibilidades de defensa; no obstante, no puede confundirse ésta con una posible titularidad colectiva de los derechos. Como pone de manifiesto la profesora PALOP, en relación con los derechos de cuarta generación: *“...los nuevos derechos humanos se predicen del individuo, aun cuando su ejercicio y puesta en práctica dependan de un esfuerzo común”*⁴²⁶. Estos derechos pasan a ser exigibles aunque no haya una demanda o exigencia individual de respeto.

⁴²⁶ RODRÍGUEZ PALOP, M^a. *“La nueva generación de Derechos Humanos. Origen y justificación”*. Ob. Cit. Pág. 175.

Esta representación de los intereses colectivos se encuentran contenidas en las “*class actions*” americanas, para la protección tanto de los derechos o intereses colectivos o difusos como los derechos subjetivos en intereses legítimos de quien ejercita la acción⁴²⁷. En el ordenamiento jurídico español se fundamenta en el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 02.07.1985, núm. 157), en el que se declara como principio que los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, para cuya defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que están legalmente habilitados para su defensa y promoción; para la interposición del recurso de amparo, ostentarían legitimación activa las personas físicas y jurídicas que tengan un “*interés legítimo*” (art. 162.1.b CE); el artículo 19.1.b de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (BOE 14.07.1998, núm. 167), que atribuye legitimación a las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades (el artículo cita los grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos, entidades aptas para ser titulares de derechos y obligaciones al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas), también tendrán capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando la Ley así lo declare expresamente y resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos; en este mismo sentido, el artículo 31, apartados 1.a) y 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE 27.11.1992, núm. 285), que reconoce como interesado en el procedimiento administrativo a los promotores del mismo, en cuanto titulares de derechos o intereses legítimos ...colectivos, y a las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca. En el ámbito de las leyes especiales, previsiones de este tipo se encuentran en la Ley General de Consumidores y

⁴²⁷ MUÑOZ MACHADO, S. “*Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*”. Ob. Cit. Pág. 1047

Usuarios (Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre-BOE nº 287, de 30 de noviembre), el artículo 14 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical (BOE 8 agosto 1985, núm. 189), la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ya citada, en cuya Disposición Adicional 6.1 se ha introducido modificaciones sobre el artículo 19, párrafo i) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, estableciendo al respecto que: *“i) Para la defensa del derecho de igualdad de trato entre mujeres y hombres, además de los afectados y siempre con su autorización, estarán también legitimados los sindicatos y las asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, respecto de sus afiliados y asociados, respectivamente”*.

Jurisprudencialmente, ha sido admitida la legitimación activa de personas jurídicas en la reclamación del ejercicio de derechos fundamentales sociales. Este aspecto, fue analizado en la sentencia núm. 576/2002 de 15 julio, del TSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, en cuyo FD 3º, declara: *“a) El más restringido concepto de «interés directo» del art. 28. a) LJCA de 1956 debe ser sustituido por el más amplio de «interés legítimo»; aunque sigue siendo una exigencia indeclinable la existencia de un «interés» como base de la legitimación. Como decía la sentencia del TS de 15 de diciembre de 1993 , aludiendo a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la ampliación del interés tutelable, en cuanto presupuesto de la legitimación, el mismo Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión «interés legítimo», utilizada en el art. 24.1 de la Norma Fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de «interés directo», ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico (cfr. sentencia del Tribunal Constitucional 257/1988, de 22 de diciembre, lo que en el ámbito del Tribunal Supremo ha llevado a insistir que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado,*

es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo y 30 de junio de 1995 y 12 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999, entre otras muchas; SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988, 97/1991, 195/1992, 143/1994 y ATC 327/1997). La vigente Ley Jurisdiccional –art.19.1.a)–, siguiendo las mencionadas pautas jurisprudenciales y ya sin distinguir entre impugnación de actos –actuación– y disposiciones, reconoce legitimación a «las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo» y, al propio tiempo, a «las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos o entidades a que se refiere el art. 18 –grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas– que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos».

b) Pese a esta amplitud, el concepto de interés legítimo no puede ser asimilado al de interés en la legalidad, que haría equiparable la legitimación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo a la legitimación popular, que sólo en los casos «expresamente» contemplados en la Ley es admisible, conforme actualmente determina el art. 19.1.h) de la vigente Ley Jurisdiccional. Al respecto, esta Sala, en auto de 21 de noviembre de 1997, declaró la imposibilidad de reconocer ese interés legitimador cuando resultaba únicamente de una auto-atribución estatutaria, por cuanto aceptar tal posibilidad equivaldría a admitir como legitimada a cualquier asociación que se constituyera con el objeto de impugnar disposiciones de carácter general o determinadas clases de actos administrativo. Es necesario traer aquí a colación el requisito de que la ventaja o perjuicio en que se materialice el interés legitimador sea «concreto», es decir, que cualquiera que sea su naturaleza –material o moral–, afecte o haya de afectar de forma necesaria a la esfera jurídica del sujeto de quien se predique su condición de legitimado. Con palabras del Tribunal Constitucional – Auto núm. 327/1997, de 1 de octubre, F. 1º– es preciso que la anulación pretendida «produzca automáticamente un

efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro pero cierto» en el recurrente”.

De esta diferenciación resulta un apoyo importante a la tesis que mantengo, en la medida en que, en este aspecto, los derechos de las personas con discapacidad no difieren de los restantes derechos reconocidos al resto de ciudadanos y ciudadanas, pese a la peculiaridad que representa la posibilidad de que determinadas asociaciones que defiendan sus derechos puedan ejercer las acciones de defensa. Esta posibilidad de ejercicio colectivo ya era brindada por el legislador en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE 3 diciembre 2003, núm. 289), en su artículo 19. Su redacción no dejaba dudas, ya que declaraba: *“Sin perjuicio de la legitimación individual de las personas afectadas, las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos podrán actuar en un proceso en nombre e interés de las personas que así lo autoricen, con la finalidad de hacer efectivo el derecho de igualdad de oportunidades, defendiendo sus derechos individuales y recayendo en dichas personas los efectos de aquella actuación”*. Hoy esta redacción se reproduce literalmente sin modificaciones en el artículo 76 del TRDPCDYS. No obstante, no se puede decir, como cuando nos referimos a los derechos de libertad sindical en cuyo caso determinados derechos sociales son atribuidos a la titularidad colectiva de los sindicatos, que los derechos de las personas con discapacidad sean de titularidad colectiva, sino que, siendo de titularidad individual, su mejor defensa o reconocimiento puede ser realizado en determinados supuestos mediante acciones colectivas.

No obstante, la aplicación práctica de esta institución ha devenido escasa, dadas las dificultades que se ponen en los procesos por los órganos judiciales para el ejercicio de este tipo de acciones. La relación jurídica procesal ha resultado tradicionalmente una relación establecida entre sujetos contendientes, que demandan una posición jurídica determinada, al quedar afectados sus derechos. Es por ello que resulta tan difícil que se admitan demandas de este tipo. No obstante, sobre la base de los mecanismos de representación que he indicado anteriormente, cabría la posibilidad de acciones

colectivas realizadas por entes representativos de las personas con discapacidad en ejercicio de demandas preventivas, en defensa de la legalidad, antes incluso de la existencia de derechos individuales lesionados; resulta ésta una función de control con una eficacia indiscutible. Estoy pensando en casos como convocatorias de empleo público en las que no figura previsto el derecho de preferencia de destino al que he hecho referencia en el Capítulo I, por ejemplo. Por esta vía, se evita que la plena exacción de la convocatoria lesione finalmente los derechos de las personas afectadas. Este tipo de intervención ha sido sancionado en virtud de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 47/1990, de 20 de marzo, en cuyo FJ 2º declara: *“...el interés legítimo al que alude el art. 162.1 b) de la Constitución es un concepto más amplio que el de interés directo, según declaramos en la STC 60/1982, y, por tanto, de mayor alcance que el de derecho subjetivo afectado o conculcado por el acto o disposición objeto del recurso. Sin necesidad de definir ahora en toda su extensión aquel concepto de interés legítimo, es evidente que en el mismo hay que entender incluido el interés profesional de promoción y defensa de una categoría de trabajadores, del que puede ser titular no sólo cada uno de ellos, individualmente considerados, sino también cualquier asociación o Entidad que haya asumido estatutariamente esos mismos fines. En la medida en que dicho interés legítimo puede verse también afectado directamente por un acto o disposición recurrible en amparo, por haber infringido un derecho fundamental o libertad pública, debe reconocerse a las personas naturales o jurídicas que invoquen aquel interés legítimo como propio de la legitimación para interponer el recurso, a tenor de lo dispuesto en el art. 162.1 b) de la Constitución. No es óbice a esta conclusión que a través del amparo constitucional sólo pueda pretenderse el restablecimiento o preservación de algún derecho fundamental, ni el carácter personalísimo que el derecho invocado pueda tener, cuando la defensa de estos derechos personalísimos sea precisamente un medio hábil y necesario para la tutela del interés legítimo afectado por el acto recurrido. Así ocurre en el presente caso en que la Asociación de Profesores de Religión de Centros Estatales impugna una Instrucción y una resolución judicial que considera lesivas de derechos fundamentales de sus miembros, a los que atañen directamente, y que afectan también directamente a la promoción profesional de los mismos, lo que constituye un fin estatutario de la*

Asociación”. Asimismo, el Tribunal Constitucional, en su sentencia nº 139/1995, de 26 de septiembre (FJ 4º), declara: “*Junto a este reconocimiento, expreso o implícito, de titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas, el texto constitucional delimita una peculiar esfera de protección. Nuestra Constitución configura determinados derechos fundamentales para ser ejercidos de forma individual; en cambio otros se consagran en el texto constitucional a fin de ser ejercidos de forma colectiva. Si el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección del individuo, sea como tal individuo o sea en colectividad, es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto éstos sirvan para proteger los fines para los que han sido constituidas. En consecuencia, las personas colectivas no actúan, en estos casos, sólo en defensa de un interés legítimo en el sentido del art. 162.1.b) de la CE, sino como titulares de un derecho propio*”.

Como he indicado anteriormente en relación con el recurso de amparo, el ejercicio de acciones colectivas resulta una característica común a determinados derechos de autonomía y los derechos sociales. Para RUIZ MIGUEL, la diferencia en universalidad entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos clásicos desaparece si los derechos sociales sectoriales (los de los miembros de colectivos como las personas con discapacidad, mayores, etc) se los relaciona con situaciones de especial necesidad, en cuyo caso no se consideran sino manifestaciones instrumentales para lograr el cumplimiento del derecho de toda persona a una básica igualdad de resultados, a contar con iguales condiciones básicas de vida en relación con las personas mejor situadas⁴²⁸. Este carácter intrínseco a los derechos sociales, hace desaparecer, pues, la diferencia entre una y otra categoría de derechos.

3.1.4. La prohibición de regresividad

El principio de no regresividad obliga a los poderes públicos a adoptar medidas o arbitrar políticas que no creen una situación a los administrados y administradas más desfavorable que aquélla de la que gozan. Resulta una

⁴²⁸ RUIZ MIGUEL, A. “*Derechos liberales y derechos sociales*”. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Nº15-16. 1994. Pág. 663.

derivación de la redacción en sentido positivo que recoge el artículo 2 del PIDESC, dado que, tal como recoge el indicado precepto: “Artículo 2. 1. *Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos*”.

El principio se encuentra sancionado en virtud de las obligaciones generales del Comité DESC de Naciones Unidas, órgano de vigilancia encargado de supervisar la aplicación del PIDESC, y se admite de forma concreta respecto de determinados derechos sociales como el derecho a la educación o la salud. Respecto de este último, la Observación General nº 14 (22 período de sesiones. 2000), enuncia en su párrafo 32 la prohibición de regresividad de la forma siguiente: “32. *Al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte*”. De conformidad con el indicado texto, estas medidas deben ponderarse y sólo pueden implantarse medidas regresivas sobre la base de criterios objetivos y resultar de naturaleza proporcionada al fin que persiguen, dado que las mismas afectan al contenido mínimo del derecho mismo. Este carácter se interpretará a la luz del Principio 38 de Limburgo⁴²⁹, conforme al cual supone discriminación *de facto* que resulte del goce desigual de los derechos económicos, sociales y culturales motivado por la falta de recursos legales, o por otra razón; la cual, debería cesar lo antes posible. Igualmente, en este mismo sentido, la aplicación del Principio II de las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos,

⁴²⁹ Principios adoptados en el seno de Naciones Unidas, sobre la base del documento elaborado por un grupo de expertos reunidos del 2 al 6 de junio de 1986, en la Universidad de Limburgo (Holanda).

Sociales y Culturales, a las que he aludido en el apartado anterior, apartado 14, incluye como violaciones: “e) *La adopción de cualquier medida deliberadamente regresiva que reduzca el alcance de la garantía de este derecho*”. La prohibición enunciada permite que los Tribunales evalúen ciertos elementos de los que se puede extraer la existencia de regresividad, o no, de la acción administrativa. Como indica PISARELLO, estos criterios son: la legitimidad de la medida, su idoneidad, la necesidad de la medida ante la inexistencia de alternativas menos gravosas, y la proporcionalidad en sentido estricto, en cuanto se exige de ella que resulte equilibrada y proporcionada⁴³⁰.

En el ámbito interno español, el Tribunal Constitucional en su sentencia nº 81/1982, se pronuncia sobre un supuesto de discriminación en el trabajo, declarando en su FJ 3º: “*Dado el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige y la obligación que al Estado imponen los artículos 9.2 y 35 de la Constitución de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y los grupos sean reales y efectivas y la promoción a través del trabajo, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón del sexo, debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas...*”. Parece, pues, que el criterio del Tribunal pudiera resultar favorable a la admisión plena de la prohibición de regresividad de las decisiones y actos administrativos que restringen la aplicación de los DESC. Otro tanto se puede decir en relación con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en relación con la interpretación del artículo 1 del Protocolo número 1, sobre el derecho a la propiedad, ha servido para fundamentar las expectativas legítimas de obtención de los derechos sociales ya incorporados al ordenamiento jurídico; en este sentido, en la sentencia Andrejeva contra Latvia de 18 de febrero de 2009, el Tribunal ha declarado (párrafo 77) que los principios que se aplican de forma general en relación con el artículo 1 del Protocolo nº 1 (derecho de propiedad), se aplican igualmente a los beneficios de asistencia social, de tal modo que el indicado precepto no interfiere el derecho del Estado parte a decidir si debe o no establecer un mecanismo determinado de seguridad social o el tipo o cantidad de la que se beneficia una persona bajo ese régimen, pero

⁴³⁰ PISARELLO, G. /OBSERVATORIO DESC. “*Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción*”. Ob. Cit. Pág. 124.

si un Estado parte ha promulgado legislación que reconoce el pago de un beneficio de bienestar social, esa legislación debe ser tomada en cuenta como generadora de un interés pecuniario que cae en el ámbito del artículo 1 del Protocolo nº 1 para las personas que reúnan esos requisitos (cita también la sentencia *Stec y otros contra el Reino Unido* nº. 65731/01 and 65900/01). Resolvió el Tribunal que había existido trato discriminatorio, por lo que se había considerado infringido el artículo 14 del Convenio. Conforme al criterio indicado, reconocido un derecho asistencial en la legislación de un Estado, no por razones como la disponibilidad presupuestaria, o cualquier otra causa, se puede dejar al beneficiario sin ver satisfecho su derecho. Asimismo, en el asunto *Moskal contra Polonia* (nº 10373/05), en su sentencia de fecha 15 de septiembre de 2009 (párrafo 39), el Tribunal asimila al derecho de propiedad a los intereses que son reconocidos por las leyes de un país a los beneficios de bienestar social; afirmando a continuación en el siguiente párrafo (nº 40), que el hecho de que un derecho de propiedad se encuentre sujeto a revocación en determinadas circunstancias, no evita que sea considerado un bien a los efectos del artículo 1 del Protocolo nº 1, por lo menos hasta que sea revocado (*Beyeler c Italia* [GC], no. 33202/96, § 105, ECHR 2000-I). En la sentencia indicada, el Tribunal (párrafo 51) dispone que el principio de buen gobierno exige que cuando una cuestión relativa al interés general se pone en entredicho, se exige de las autoridades que actúen con una buena predisposición, de una manera adecuada a la producción del efecto, así como de la forma más escrupulosa posible (cita la sentencia en el asunto *Beyeler*, ya citada y el asunto *Megadat.com S.r.l. contra Moldavia*, no. 21151/04, § 72, 8 de abril de 2008). Cualquier incumplimiento por parte de las Autoridades de los principios indicados de las que hubiese podido traer causa la privación de la expectativa legítima de la persona administrada, debería ser calificada como discriminatoria, en consecuencia. Por esta vía, entiende el juez del Tribunal, don Luis López Guerra que los derechos sociales reconocidos en el ordenamiento jurídico de cualquiera de los Estados miembros del Convenio se encuentran protegidos por éste frente a cualquier violación sustantiva, equiparándose la propiedad “clásica” al disfrute de prestaciones sociales⁴³¹. De

⁴³¹ LÓPEZ GUERRA, L. “La protección de derechos económicos y sociales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos” en TEROL BECERRA, M y JIMENA QUESADA, L. (directores) “Tratado sobre

acuerdo con esta manifestación se avanza en la asimilación, desde este punto de vista, de los derechos de autonomía con los DESC.

MUÑOZ MACHADO⁴³² entiende que la mayor parte de la doctrina considera improcedente que pueda pretenderse vincular jurídicamente al Estado a mantener prestaciones que la situación económica no permite; no obstante, apunta, la decisión tiene que justificarse razonablemente, ya que, en otro caso, supondría una violación de los artículos 1.1 y 9.2 del texto constitucional. No obstante, a mi juicio, este criterio de razonabilidad decae cuando al analizar la aplicabilidad de esas medidas regresivas que pudieran encontrarse justificadas sobre la base del omnipresente “*interés público*”, entra en colisión con el valor de la dignidad humana. Como manifiesta PISARELLO, los derechos de las personas pueden tener más peso que las razones de política financiera, ya que la centralidad del principio libertad, no sólo formal sino también material, en un sistema de derechos fundamentales, justifica la articulación de un derecho subjetivo a prestaciones materiales en ciertas condiciones⁴³³. La definición de Estado Social que impone el artículo 1.1 de la Constitución permite entender que el contenido prestacional de los derechos sociales no resulta el fruto de una determinada posición ideológica de la que se derivan unas prestaciones que sólo puedan hacerse efectivas en un determinado momento de bonanza económica, y que puedan ser suprimidas cuando las circunstancias económicas lo impidan, sino una definitiva apuesta por la integración de colectivos de personas que se encuentran en situación de especial necesidad, con el fin de que el principio de libertad e igualdad obtenga una satisfacción efectiva. Como NUSSBAUM afirma, siguiendo a WOLFF y DESHALIT: “...las políticas públicas no deben limitarse a proporcionar una capacidad a las personas, sino que deben facilitársela de tal modo que estas puedan contar con ella de cara al futuro”⁴³⁴. El eje del estudio que esta autora efectúa desde su “*enfoque de las capacidades*”, junto con el principio de dignidad humana, debe traer consigo ineludiblemente un compromiso o garantía de futuro de todos estos derechos sociales.

protección de derechos sociales”. Ob. Cit. Pág. 309.

⁴³² MUÑOZ MACHADO, S. “*Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*”. Ob. Cit. Pág. 1046.

⁴³³ PISARELLO, G. /OBSERVATORIO DESC. “*Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción*”. Ob. Cit. Pág. 165.

⁴³⁴ NUSSBAUM, M.C. “*Crear capacidades*”. Ob. Cit. Pág. 63.

Como recojo en el presente capítulo, sólo una decidida opción política que ha vaciado de contenido los derechos que tienen reconocidas las personas en riesgo de exclusión puede dejar sin efecto, como así se ha hecho, una lista interminable de preceptos que reconocen derechos de muy variado rango y contenido (estoy pensando en la LISMI y LIONDAU). La razón pues no proviene de la propia naturaleza y contenido de estos derechos, sino de la falta de conciencia social de los poderes constituidos. A la falta de responsabilidad del poder político coadyuva claramente la posición conservadora del Tribunal Constitucional, pues, como sostiene en la STC 22/84, de 17 de febrero, la nulidad de una norma no lleva aparejada la reparación económica del daño causado; no obstante, en esta sentencia, el Alto Tribunal aporta una declaración importante para interpretar los criterios conforme a los cuales se puede decidir la interrelación entre los derechos fundamentales y el interés general (FJ 3º), tal como muestra la literalidad del razonamiento que reproduzco: *“La segunda de las razones que esgrime el Fiscal General del Estado es la idea de que «el ejercicio de un derecho fundamental no puede alegarse para entorpecer un fin social, que, como general, es de rango superior». Una afirmación como la anterior, realizada sin ningún tipo de matizaciones, conduce ineludiblemente al entero sacrificio de todos los derechos fundamentales de la persona y de todas las libertades públicas a los fines sociales, lo que es inconciliable con los valores superiores del ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama. Existen, ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución”*. Fundamentados los derechos sociales en principios como la dignidad humana, la libertad e igualdad, los DESC reúnen las condiciones que prescribe el Tribunal. No obstante, a lo que asistimos con frecuencia es que sólo determinados derechos guardan relación con esos fines sociales a los que el sistema político, principalmente, sitúa en la cúspide del ordenamiento; de todo lo visto hasta ahora, la idea de justicia se vincula con el desarrollo personal individual o colectivo, no con el sistema de participación política, o el sistema financiero, por ejemplo, por lo que no entiendo la sacralización que se ha hecho de ellos por el poder político y económico.

Cuando los DESC se sacrifican en aras a esos fines superiores, la injusticia y la desigualdad se instalan en la sociedad. De conformidad con el criterio expresado, la falta de disponibilidad presupuestaria en que pueden traducirse determinadas medidas de austeridad impuestas por el interés general y el artículo 135 CE (según la reforma operada de 27 de septiembre de 2011) no pueden primar sobre las posibilidades de puesta en marcha de determinadas políticas que, en el caso de ser abandonadas, pondrían en peligro el principio de igualdad⁴³⁵. Como apunta PISARELLO, la prohibición de regresividad se convierte de esta manera en un corolario obligado del Estado social como distribuidor no sólo de beneficios, sino también de sacrificios; como garante de derechos sociales positivos y de negativos. Conforme con su tesis, sólo serían admisibles aquellas restricciones que superen un escrutinio de razonabilidad y que califica como aquéllas que, sin colocar a las personas debajo de un nivel de vida digna, resulten indispensables para la expansión del sistema de derechos y respeten en todo caso el principio de compensación adecuada y de prioridad de los más débiles⁴³⁶. Sería éste un instrumento cualificado para la regeneración actual del denostado Estado social. Paralelamente, este autor sostiene que, como complemento de la regresividad, le incumbe al legislador un mandato de progresividad, en el sentido de no sólo mantener el bienestar obtenido, sino además la obligación de promocionar su satisfacción positiva y gradual; un deber que conlleva la introducción de tratamientos jurídicos desiguales, aunque positivos, dirigidos a compensar a personas o colectivos oprimidos o marginados⁴³⁷. Encuadra el autor las medidas de discriminación activa, por lo tanto, bajo el mandato de la prohibición de regresividad. A mi juicio, teniendo en cuenta la falta de una suficiente fundamentación de este compromiso de los Estados, tal como he descrito anteriormente, el encuadre ideal seguiría siendo bajo el concepto de discriminación y las medidas tendentes a garantizar un principio de igualdad

⁴³⁵ En este sentido, resulta correcta la constitución por el Ministerio de Hacienda de un eje del Fondo de Liquidez Autonómico (FLA) para 2015, destinado a pagar las deudas que las Comunidades Autónomas tengan con los Ayuntamientos por los convenios relacionados con servicios sociales y que también estará financiado al 0%. El País. Sección Economía. 23.12.2014. Edición on-line.

⁴³⁶ PISARELLO, G. *“Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”*. Ob. Cit. Pág. 94.

⁴³⁷ Idem. Pág. 94.

material; tal como lleva a cabo la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

No obstante, en el momento actual la prohibición de retroactividad debe resultar matizada. Tal como he expuesto en un apartado anterior, a una realidad mutable, debe responder no una lista exhaustiva de derechos, sino el conjunto mínimo de medidas que posibilita garantizar la igualdad material de una persona. Con esta fundamentación, pues, la regresividad pierde su sentido estricto, pues la búsqueda de esa igualdad conlleva un efecto dinámico. ¿Cuál resulta el nivel mínimo de derechos que nadie puede perder?: el mínimo indispensable que garantice su libertad, en el sentido amplio que mantengo en este trabajo. No obstante, éste no es el camino emprendido por el legislador.

Un ejemplo de esto último que afirmo es el RD-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (BOE 14 julio 2012, núm. 168), en cuyo Título III se desarrollan determinadas medidas en relación con el sistema de la dependencia, modificando la Ley 39/2006, de 14 de diciembre; si bien en el texto de la norma se contienen medidas como la declaración de la incompatibilidad de las prestaciones económicas entre sí, y con los servicios, y de algunos de éstos entre sí (art. 25), no contiene precepto alguno en el que se produzca una rebaja en la cuantía de las prestaciones. No obstante, a la entrada en vigor de la norma, éstas habían reducido su importe en un porcentaje lineal cercano al 24%. Por otro lado, la Disposición Adicional séptima del texto legal contiene un claro efecto regresivo en relación con las prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales previstas en el artículo 18 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, conforme al cual dejan de producir efectos retroactivos para aquellas personas que a dicha fecha no hayan comenzado a percibir todavía las prestaciones económicas reconocidas a su favor, quienes conservarán, en todo caso, el derecho a percibir las cuantías que, en concepto de efectos retroactivos, hayan sido ya devengadas hasta dicho momento. A partir de la fecha de entrada en vigor del real decreto-ley, las prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales previstas en el artículo indicado, que hubieran sido reconocidas a favor de las personas mencionadas en el apartado anterior quedarán sujetas a un plazo

suspensivo máximo de dos años a contar desde la fecha de la resolución de reconocimiento de la prestación o, en su caso, desde el transcurso del plazo de seis meses desde la presentación de la solicitud sin haberse dictado y notificado resolución expresa de reconocimiento de la prestación, plazo que se interrumpirá en el momento en que el interesado empiece a percibir dicha prestación.

Es jurídicamente inadmisibles que se disminuya el importe de las retribuciones básicas. De este modo, no sólo se quebranta el principio de seguridad jurídica y el de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, sino que también se desconoce el principio de confianza legítima que asimismo deriva del artículo 9.3 de la CE. La seguridad jurídica, según el Tribunal Constitucional, es la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad. Y aun cuando resulta claro, como advierte la STC 150/1990, de 4 de abril, que la seguridad jurídica no puede erigirse en valor absoluto (so riesgo de petrificación del ordenamiento), ni debe entenderse tampoco como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen, *"sí protege, en cambio, la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad"* (como posteriormente -y en parecidos términos- reiteran las SSTC 197/1992, 182/1997, 273/2000. De modo que, como afirma la STC 234/2001, de 13 de diciembre, una Ley retroactiva vulnera el principio de seguridad jurídica cuando se revela *"irrazonable e imprevisible, con quiebra de la confianza legítima de los obligados tributarios en la que razonablemente esperaban debía ser la actuación de los poderes públicos"*.

Ya he comentado en este Capítulo que el Comité de DESC de Naciones Unidas, sostiene que los poderes públicos no sólo tienen la obligación de asegurar en todo momento, incluso en épocas de crisis o de dificultades fácticas, al menos los niveles esenciales de cada uno de los derechos, sino también el deber de no regresividad y... la imposición del deber de cumplimiento progresivo. Conforme al criterio de este órgano internacional, la violación se produciría no sólo cuando se viola el principio de no regresividad,

sino cuando lo sea también el de progresividad. La acción de los poderes públicos debe resultar, por lo tanto, de naturaleza integral, guardando el cumplimiento de sus obligaciones en el doble sentido apuntado. Máxime cuando, como apunta DE ASÍS RIG, el derecho a los apoyos a las actividades fundamentales de la vida diaria se configura como un derecho perteneciente a la categoría de los DESC y no puede ser un derecho de configuración legal dada su conexión con el principio de la vida humana digna que es el fundamento del resto de los derechos humanos⁴³⁸.

3.1.5. ¿los DESC, principios programáticos o mandatos de optimización?

Siguiendo el análisis de aquellas cuestiones teóricas que inciden directamente en la vigente falta de acogida de los DESC como auténticos derechos humanos positivizados, llego a la pregunta presente. La misma, responde a la necesidad de determinar el motivo por el que los derechos de las personas con discapacidad han podido sufrir una permanente violación, sin haber obtenido el respaldo que, aparentemente, el ordenamiento brindaba. Independientemente de la ubicación sistemática en el texto constitucional de esta categoría de derechos, que se analiza en otro lugar, lo cierto es que los derechos de las personas con discapacidad, siendo batidos desde las filas del Derecho Administrativo y del Derecho Constitucional, no han calado en la práctica de los poderes públicos en igualdad de condiciones que otros derechos sociales. En la mente mayoritaria de los teóricos de esas ramas del Derecho parece estar fija la idea de que el artículo 49 de la Constitución Española no contiene una norma, sino principios o mandatos del legislador de los que, en consecuencia, no se deriva derecho subjetivo alguno. ARISTÓTELES en su obra *“Ética a Nicómaco”*, cuando habla del bien último que él fija en la felicidad, diferencia entre los principios y los argumentos que conducen a los principios, indicando que: *“el principio es el qué, y si éste quedara suficientemente claro, no hará ninguna falta el por qué”*⁴³⁹. Ya desde el Estagirita, pues, no se aprecia la volubilidad que el legislador y jurisconsultos actuales pudieran otorgar a los principios. Para un autor contemporáneo como HABERMAS, las reglas y los principios sirven por igual como argumentos en la

⁴³⁸ DE ASÍS ROIG, R. *“Sobre discapacidad y derechos”*. Ob. Cit. Págs. 134.

⁴³⁹ ARISTÓTELES. *“Ética a Nicómaco”*. Ob. Cit. Pág. 51.

fundamentación de las decisiones, aunque le asigna un papel distinto desde la lógica de la argumentación, con una estructura diferenciada en cuanto que las reglas especifican las condiciones de aplicación, mientras que los principios presentan pretensiones de validez inespecíficas, resultando necesitadas de interpretación⁴⁴⁰. Puestos en la balanza ambos tipos de preceptos, desde el punto de vista de la naturaleza jurídica no presentan diferencia alguna; sí, quizás, en cuanto a sus condiciones de aplicación. Los mandatos de optimización resultarían principios cuya intensidad permanece abierta, quedando al arbitrio del poder ejecutivo o el intérprete constitucional decidir la manera sobre cómo van a ser desarrollados. Si los principios sientan un valor que debe ser realizado de forma óptima, y si el grado de cumplimiento de este mandato de optimización no puede obtenerse de la norma misma, pues la norma ni lo establece ni lo puede establecer, la aplicación de tales principios en el marco de lo fácticamente posible hace menester una ponderación orientada a fines⁴⁴¹. Se corre el peligro de que, sobre la base de la valoración anterior, se conviertan estos principios, pues, en una realidad devaluada, sujeta a los vaivenes del poder político.

¿Son los derechos de las personas con discapacidad mandatos de optimización?; ciertamente no, en la medida en que faltan los límites que he indicado anteriormente. El grado de optimización se puede obtener de la norma, dado que, cuando la libertad e igualdad se encuentran en juego, el ámbito que debe resultar garantizado por los derechos resulta un criterio de máximos: pretender obtener el máximo grado con el fin de que la dignidad de la persona no quede lesionada y se garantice su inclusión en la sociedad. Por medio de este argumento, la categoría de derechos que analizo en este trabajo no puede ser calificada de mandatos de optimización, sino auténticos principios que no pueden ser objeto de ponderación. En los derechos de las personas con discapacidad no caben graduaciones; en la medida en que la dignidad de la persona se encuentra comprometida, debe buscarse por el legislador su satisfacción plena. Faltando este elemento adjetivo, nos encontraríamos con que, a mi juicio, los derechos del grupo de personas que estudio son auténticos principios, en los que no cabe modulación posible. Así se ha pretendido de

⁴⁴⁰ HABERMAS, J. “*Facticidad y validez*”. Ob. Cit. Pág. 278.

⁴⁴¹ Idem. Pág. 327.

otros colectivos en riesgo de exclusión social como las mujeres que han sufrido violencia de género, respecto del que las necesidades de las personas con discapacidad presentan una plena analogía, por gozar de identidad de razón. No obstante, las soluciones jurídicas que se han otorgado a uno y otro grupo social tienen, claramente, un calado distinto. Siendo la dimensión numérica en una intensidad análoga e idéntica la problemática generada, sólo queda afirmar que la diferencia la ha marcado una decisión política. Es decir, herramientas y argumentos suficientes tenemos para dar acogida a los DESC dentro de una única categoría de derechos fundamentales; lo que hace falta es voluntad política de ponerlas en práctica.

La respuesta a la pregunta sobre si los DESC son o principios o mandatos dirigidos al legislador para que acometa su desarrollo en un momento posterior, tiene una incidencia trascendental; en función de que se adopte una u otra opción se reconocerá su exigibilidad inmediata o la graduación de su efectividad según la voluntad del legislador; o incluso su inaplicación. De acuerdo con DE LA IGLESIA CHAMARRO, como parte del texto constitucional, los derechos sociales son más que principios orientadores y vinculan efectivamente al legislador, que recibe un doble mandato: de vinculación negativa, pero también se convierten en mandatos de hacer, es decir, en obligación positiva o deber de protección⁴⁴². En cambio, para TENORIO SÁNCHEZ, muchos de los principios contenidos en el Capítulo III serían principios que imponen que el valor que expresan se realice en cada momento en la medida de lo jurídica y fácticamente posible⁴⁴³; por lo que reúnen los requisitos para ser calificados con el segundo de los asertos anteriores. Una de las consecuencias más destacadas de optar por esta segunda naturaleza resultará la posibilidad de ejecución en un distinto grado para cada derecho, o incluso la denegación de cobertura haciendo uso de excepciones como el déficit público o la falta de capacidad económica, así como la posible reversibilidad de estos derechos. Como demuestro, esta cuestión genera un amplio debate, y constituye el eje del ataque que reciben

⁴⁴² DE LA IGLESIA CHAMARRO, A. *“La fragmentación de la exigibilidad de los derechos sociales en el ordenamiento”* en TEROL BECERRA, M y JIMENA QUESADA, L. (directores) *“Tratado sobre protección de derechos sociales”*. Ob. Cit. Pág. 121.

⁴⁴³ TENORIO SÁNCHEZ, P. *“El Tribunal Constitucional, la cláusula del estado social y los derechos sociales”* en Idem. Pág. 139.

los DESC. No existe un significado único del concepto principios del derecho, por lo que esta laguna deja abierta la consideración que se brinda a esta institución en el ordenamiento jurídico español.

Según apuntan ATIENZA y RUIZ MANERO, los principios tienen diversos significados: 1) principio, en cuanto norma muy general, es decir, aquella que regula un caso cuyas propiedades son muy generales; 2) norma redactada en términos muy vagos; 3) norma programática o directriz; 4) norma que expresa los valores superiores del ordenamiento jurídico; 5) norma especialmente importante, aunque con un grado de generalidad, relativamente bajo; 6) norma de elevada jerarquía; 7) norma dirigida a los órganos de aplicación jurídicos, y que indica cómo debe ser seleccionada la norma aplicable, o cómo interpretarla; 8) enunciado o máxima de la ciencia jurídica de un considerable grado de generalidad, que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o un sector del mismo⁴⁴⁴. El sistema español viene caracterizado tradicionalmente por el otorgamiento a los principios de un rango secundario en el esquema de fuentes del ordenamiento jurídico; tal como recoge el artículo 1 del Código Civil figurarían los principios junto a la ley y la costumbre (art. 1.1) en un tercer rango, aplicándose en defecto de éstas, sin perjuicio de serle otorgado un carácter informador del ordenamiento jurídico (art. 1.4). No obstante, se ven en las normas fundamentales ejemplos de las acepciones anteriores; es más, los dos autores indicados destacan el artículo 51 (protección a los consumidores-Capítulo III, Título I), como un ejemplo de una norma que presenta todos y cada uno de los significados indicados⁴⁴⁵.

La segunda de las acepciones indicadas, los denominados “*mandatos de optimización*” es un término acuñado por ALEXY, para quien, desde este punto de vista y partiendo de la distinción entre reglas y principios antes apuntadas, los principios resultarían unas normas que ordenan que se realice una conducta en la medida en que la misma resulte posible, y su resultado quedaría condicionado por las distintas posibilidades jurídicas o fácticas, por lo que los mandatos contenidos en los principios pueden ser cumplidos en diversos

⁴⁴⁴ ATIENZA, M y RUIZ MANERO, J. “*Sobre principios y reglas*”. Ob. Cit. Págs. 103-105.

⁴⁴⁵ Idem. Pág.105.

grados⁴⁴⁶. Ésta es la interpretación que le han sido dados a los DESC por el poder político que, olvidándose de su carácter fundamental y de su propia fundamentación, pretenden disponer excepciones a su reconocimiento. Esta distinción responde a una diferenciación estructural; no obstante, las posiciones respecto al significado del derecho resultan variadas. Como respuesta a la cuestión de qué categoría podría ser otorgada a los DESC, el respeto a ellos podría constituir la consagración de una categoría normativa diferente a las contenidas en la propia distinción que formula ALEXY entre principios y reglas⁴⁴⁷; serían unos valores que informarían el ordenamiento jurídico y que, en cuanto contenidos en el artículo 1.1 de la Constitución, fundamentan el Estado social y democrático de Derecho, junto con valores como la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político; constituirían, por lo tanto, fundamentos del sistema democrático, por lo que su plena vigencia y efectividad debe ser garantizada. A estos valores les ha sido reconocida la condición de derechos fundamentales, tal como al respecto se pronuncia el Tribunal Constitucional⁴⁴⁸. Esta idea del valor se encuentra contenida en el siguiente párrafo extraído de la obra de RAZ: *“Un derecho es un derecho moralmente fundamental si se encuentra justificado sobre la base de que sirve el interés del titular en disponer de ese derecho en la misma medida en que*

⁴⁴⁶ ALEXY, R. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho Nº 5. 1988. Pág. 143.

⁴⁴⁷ Idem. Pág.140.

⁴⁴⁸ en la STC 53/1985, de 11 de abril (Pleno), en su fundamento jurídico 4, declara: *“Es también pertinente hacer, con carácter previo, algunas referencias al ámbito, significación y función de los derechos fundamentales en el constitucionalismo de nuestro tiempo inspirado en el Estado social de Derecho. En este sentido, la doctrina ha puesto de manifiesto -en coherencia con los contenidos y estructuras de los ordenamientos positivos- que los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste (vide al respecto arts. 9.2, 17.4, 18.1 y 4, 20.3 y 27 de la Constitución). Pero, además, los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el artículo 10 de la Constitución, el «fundamento del orden jurídico y de la paz social». De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales «los impulsos y líneas directivas», obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa”.*

sea considerado ese interés como un valor máximo, a saber, en la misma medida en que el valor de ese interés no derive de algún otro interés del titular o de otras personas”⁴⁴⁹.

En la medida en que queden vinculados los DESC con la dignidad de la persona, con el esfuerzo para alcanzar un grado de autonomía personal e inclusión social suficiente, los DESC no quedan anclados en valores derivados de otros, sino que han de gozar de vigencia por sí mismos; aquí radica su carácter fundamental. Es por ello, que todo esfuerzo encaminado a su obtención debe merecer el tratamiento que, como derechos fundamentales, pretendo otorgar a este catálogo de derechos. A partir de esta consideración, resultará una obligación de naturaleza política de los Estados su reconocimiento y brindar a los ciudadanos las condiciones para su disfrute. La variabilidad de estos derechos, y su fuerza expansiva con el fin de acoger aquellas otras esferas de la libertad del individuo que puedan verse comprometidas, no resta un ápice de fuerza a su fundamentación. De otra manera no puede ser entendido el mandato contenido en la Constitución Española; en caso contrario, se podría entender que el artículo 53.3 deja abierta de forma indefinida la opción del legislador de regular el desarrollo del reconocimiento, respeto y protección de los derechos contenidos en ese capítulo, pese a que la libertad e igualdad de las personas afectadas pudiera quedar comprometida. Todo derecho fundamental representa un mínimo contenido esencial que debe ser respetado en todo caso; en el supuesto de los DESC este mismo elemento también está presente. Los DESC no representan un sistema ideal de principios que pueden quedar diluidos en el tiempo y en la cronología que marque el poder político. Como voy a analizar en el presente capítulo, los DESC representan la plasmación de las ansias de libertad e igualdad de los sujetos implicados. Ciertamente es que la conciencia de inmediatez de determinadas libertades reconocidas en la Sección 1ª y 2ª del Capítulo II, como los derechos políticos en general, resulta más cercana que las aspiraciones de igualdad de oportunidades que son satisfechas con los DESC; no obstante, esa diferencia desaparece cuando se tiene en cuenta la

⁴⁴⁹ “A right is a morally fundamental right if it is justified on the ground that it serves the right-holder’s interest in having that right inasmuch as that interest is considered to be of ultimate value, i.e. in as much as the value of that interest does not derive from some other interest of the right-holder or of other persons”. RAZ, J. “The morality of freedom”. Ob. Cit. Pág. 192.

fundamentación de esta subcategoría de derechos, como apunto. En una sentencia de fecha 27 de agosto de 2004, *Connors vs Reino Unido*, Recurso no. 66746/01, (parágrafo 82), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el derecho a la vivienda de personas de minoría gitana, ha declarado que: “...en aquellos ámbitos como la vivienda, que desempeñan un papel central en el bienestar y la política económica de las sociedades modernas, respetará –el Tribunal- el criterio del legislador en relación con el interés general, salvo que ese juicio resulte manifiestamente sin un fundamento razonable”⁴⁵⁰. Del indicado pronunciamiento se extrae, por lo tanto, que cuando en el análisis de un derecho social, la voluntad del legislador nacional pone en riesgo la preservación del derecho sin una clara fundamentación, pese a tratarse de un derecho de configuración legal, se entenderá que existe una lesión de un derecho amparado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Precisamente, el Tribunal ha utilizado en su sentencia tanto la condición de grupo en riesgo de exclusión de las personas de raza gitana, como la esencialidad para la dignidad de la persona de la vivienda. Entiendo que, “*mutatis mutandi*” puede ser interpretada la lesión por acción u omisión del legislador en relación con el respeto de los derechos de las personas con discapacidad.

Otra de las características que se deriva de la naturaleza apuntada es su transversalidad; es decir, no cabe analizar la vigencia de esos principios en relación con un determinado ámbito sectorial, sino en relación con la totalidad del ámbito de acción de la persona, con la esfera de capacidades y facultades con la que desenvuelve su proyecto vital. Implica reconocer su capacidad para informar de modo transversal y pleno todo nuestro sistema político, su desarrollo, aplicación e interpretación, informando toda la actuación de los poderes públicos y privados, los cuales están obligados a promover la efectiva igualdad de trato a través de la prohibición de discriminaciones injustificadas y de realización de políticas de fomento de la igualdad⁴⁵¹. Precisamente, porque afecta al desarrollo de una vida humana y digna y porque se trata de un derecho de carácter universal, es posible extender esta obligación al conjunto

⁴⁵⁰ La traducción es del autor.

⁴⁵¹ ÁLVAREZ CONDE, E. “La igualdad como principio constitucional” en VV.AA. “Estudios Interdisciplinarios sobre igualdad”. Ob. Cit. Pág. 37.

de la ciudadanía, en el sentido de contribuir, al menos, a sufragar los costes de la estructura⁴⁵².

Ésta y las demás características apuntadas otorgan una caracterización propia al conjunto de normas que protegen los derechos de las personas con discapacidad, generando una especialidad dentro del ordenamiento jurídico, a la que en una fase determinada de desarrollo, le podría ser concedido el rango de “*derecho de la discapacidad*”. Sin lugar a dudas, el tema que apunto en el presente apartado guarda relación con una característica propia de su sistema de fuentes: la fundamentación de los derechos se extrae de los principios más elevados del ordenamiento jurídico, si bien, la positivización del derecho tiene un carácter devaluado, por lo que debe recurrirse a una fundamentación indirecta a través del derecho de igualdad formal del artículo 14 del texto constitucional. Principio que, aunque sistemáticamente no tenga el carácter sistemático de un derecho fundamental, como se deduce de la lectura del artículo 53.2 y su falta de ubicación junto a los demás derechos fundamentales que el texto constitucional enuncia en la sección 1ª del Capítulo segundo del Título I, tendría un valor superior a éstos, y se articula su protección a través del mismo recurso privilegiado de protección, como es el recurso de amparo.

A estos argumentos fundamentadores, me voy a referir en un apartado posterior.

3.1.6. Los derechos de las personas con discapacidad como DESC.

Una vez fijados los términos teóricos en los que me voy a mover, resulta necesario explicar los motivos por los que, a mi criterio, los derechos de las personas con discapacidad se encuadran en la categoría de los DESC. Ya he apuntado cómo el concepto de DESC resulta ser un elemento teórico variable, fruto de una evolución histórica. No obstante, existen aspectos comunes que perduran desde la declaración de derechos universales de 1789; resultan derechos que enlazan con las necesidades de las personas. Bien es cierto que el desarrollo de los derechos sociales ha permitido que éstos no se reduzcan a los derechos laborales que fueron implantados inicialmente en el siglo XIX, como un límite al abuso del empresario, sino que se ha extendido

⁴⁵² DE ASIS ROIG, R. “*Sobre discapacidad y derechos*”. Ob. Cit. Pág. 133.

también a los derechos de los grupos homogéneos de personas que se encuentran en riesgo de exclusión, así como los que protegen derechos genéricos de la comunidad en general.

Apuntaba en este capítulo un poco antes cuáles eran los elementos que configuraban el concepto derecho social; haciendo uso de la enumeración de CONTRERAS, los derechos sociales vienen representados por los caracteres siguientes: 1) son derechos-prestación; 2) son derechos del hombre “*contextualizado*”; 3) se basan en la solidaridad comunitaria; 4) son derechos de titularidad individual; 5) son derechos (tendencialmente) universales; 6) su finalidad es la satisfacción de las necesidades humanas básicas. Voy a analizar, pues, si concurren en los derechos de las personas con discapacidad todos esos elementos. Como primer punto de partida, he de afirmar que en las personas con discapacidad concurren los elementos de definición indicados: 1) desde el punto de vista del carácter prestacional de los derechos sociales, las personas con discapacidad exigen, en cuanto colectivo en riesgo de exclusión, de medidas activas de protección, integradas en una política social integral; constituida no sólo mediante prestaciones o acciones positivas, sino también interpretaciones de las leyes que configuren un marco de protección específico, con el fin de que los niveles de igualdad reconocidos a estos sujetos sean reales. 2) Los derechos de las personas que integran este grupo deben analizarse en un contexto social en el que continuamente se erigen nuevas barreras que lesionan sus derechos; son necesidades específicas que surgen de la vida social en la que estos individuos se integran. 3) Son derechos con un profundo sentido solidario, que refleja el deseo de que las personas con discapacidad se integren en una vida social plena, aunque ello signifique que las personas sin discapacidad soporten una menor intensidad de determinados derechos. 4) Los derechos se reconocen a cada una de las personas a las que se ha reconocido una discapacidad, o ésta exista, aunque la misma no sea reconocida; cada uno de estos miembros ostenta una facultad potencial de realización del derecho. 5) Su carácter universal debe ser entendido en el sentido de que deben ser reconocidos a todas aquellas personas en quienes concurren una discapacidad, independientemente de otros aspectos como la nacionalidad o el territorio dentro de un Estado donde habiten, por su carácter fundamental. 6) La conexión de las necesidades que plantea este grupo humano con los aspectos esenciales de la persona, con su dignidad,

libertad e igualdad, elevan el carácter básico o esencial de aquéllas, en la medida en que resultan imprescindibles para una vida en igualdad; precisamente por ello, la decisión de qué necesidades deben resultar satisfechas no corresponde exclusivamente a los poderes públicos, sino que deben oír la voz de las personas beneficiarias; los sistemas de atención deben tender a la unificación, dando una respuesta uniforme a la discapacidad. Concurren, pues, en la situación de este grupo las características que califican los derechos específicos de que son titulares, como derecho social.

Se podría argumentar en contra, sobre un aspecto como el motivo por el que las personas con discapacidad deben resultar titulares de estos derechos que les brindan una posición “*privilegiada*” en el seno del ordenamiento jurídico. La respuesta resulta fácil: las personas con discapacidad han sido sometidas a un proceso de exclusión social permanente. Existía una unanimidad aparente de que gozaban de plenitud de derechos en una sociedad, también aparentemente justa, pues el artículo 49 del texto constitucional parecía acoger sus derechos; como contrapartida, les eran confiadas por las instituciones públicas un catálogo de prestaciones, a las que se confiaba el asistencialismo imperante. No obstante, los miembros de este grupo de personas no veían satisfechos sus derechos con un modelo meramente asistencialista; es por ello que se implanta el modelo social de la discapacidad, en cuya virtud se exige reconocer a estas personas el ser sujetos de derechos, y no como unos meros “*objeto*” de ellos.

Esta situación de exclusión no sólo tiene una importante connotación en relación con la necesidad de disponer de un incremento de recursos, o de recursos específicos, para alcanzar una cuota ordinaria de libertad e igualdad; la persona con discapacidad, por su situación de exclusión social, es víctima del discurso del odio. Éste hace referencia a la incitación y el fomento del odio, la discriminación o la hostilidad hacia una persona motivada por el prejuicio en contra de esa persona debido a una característica particular, como es la discapacidad. Esta situación conlleva un claro límite al disfrute pleno de su libertad. Según los datos del Ministerio de Interior, en 2013 hubo en España 290 agresiones contra personas con discapacidad, contra su patrimonio y

contra su libertad sexual⁴⁵³. Todas estas circunstancias en conjunto, les hace merecedores de una protección específica.

Los derechos de las personas con discapacidad pueden ser reclamados por éstos, incluso cuando no figura declarada formalmente la discapacidad, pero la misma resulta apreciable. Esta importante conclusión ha sido extraída de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 208/2013 de 16 diciembre, en cuyo FJ 6º la Sala entiende que, en relación con el consentimiento de las personas declaradas incapaces, dicha expresión ha sido entendida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de enero de 2010, impugnada en amparo, como una referencia a las personas declaradas judicialmente incapaces y, en aplicación de criterios objetivos, ante la inexistencia de una declaración judicial de incapacidad, afirma que ha de presumirse su capacidad, y declara: *“Sin embargo, hay que superar esa percepción objetiva de la incapacidad y partir de la premisa obvia de que cuando una persona manifiesta una discapacidad, dicha persona puede poseer capacidad de entendimiento, lo que no significa ignorar la existencia de diversos tipos y grados de discapacidad (física, psíquica o sensorial) que, sin comportar expresamente limitaciones en la capacidad de actuar en el mundo jurídico, sí les sitúan en una especial situación que el órgano judicial debe adecuadamente valorar. En esta dirección, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y, asimismo, las normas internacionales de protección de las personas con discapacidad, muy en particular, la más reciente Convención de la Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, de la que España es parte, suponen un paso más hacia la igualdad de las personas con discapacidad y el reconocimiento de su capacidad para poder realizar actos con importantes consecuencias, no sólo en la esfera patrimonial, sino en la personal. Las normas citadas, si bien son posteriores a los hechos objeto de este amparo, evidencian la progresiva consolidación de un avance en la concepción de la tutela de las personas con*

⁴⁵³ Fuente: Anuario Estadístico del Ministerio del Interior. 2013. Disponible en internet en el vínculo <http://www.interior.gob.es/es/web/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/anuarios-y-estadisticas>. Pág. 283.

discapacidad, al objeto de que su situación se haga depender de la protección legislativa adecuada, si bien aún no suficientemente desarrollada”.

Resulta frecuente argüir que las personas con discapacidad pueden necesitar más recursos que otras personas sin discapacidad ante determinadas circunstancias, para alcanzar los mismos niveles de productividad que quienes no la tengan, o su productividad no alcanza los mismos niveles que aquéllos; no obstante, esta conclusión no resulta, a mi juicio, real, dado que en el análisis frecuentemente se mezclan conceptos de evaluación económica con los sociales. Ambos grupos resultan de distinta naturaleza, y, por lo tanto, sus datos no resultan extrapolables. Analizados esos resultados adicionando un componente como es la solidaridad, resulta que el resultado en términos netos resulta notablemente favorable al grupo de personas con discapacidad. ¿Cuál es el coste de una comunidad sin un nivel de inclusión óptimo entre sus miembros? la respuesta no la sabemos, dado que no conozco ningún estudio que haya avanzado en este sentido. Por otro lado, en una fase de crisis económica como la que hemos vivido en los últimos cinco años, en beneficio del bien común se han allegado cantidades ingentes de recursos financieros con el fin de cubrir la *“mala praxis”* de un número excesivo de malos gestores y gestoras bancarios. Esta decisión política se ha adoptado en beneficio del bien común y del interés general. Hasta aquí estoy de acuerdo, pero ¿por qué no adopta acciones eficaces para recuperar ese dinero, o para liquidar el patrimonio de aquéllos que han cometido el expolio de todas aquellas instituciones que han debido ser rescatadas con dinero público? ¿Por qué se quedan sin reclamar los excesos de facturación generados por *“la mala praxis”* de las compañías eléctricas? ¿No debería revertir esa riqueza a todos y cada uno de los ciudadanos y ciudadanas quienes se han visto obligados a destinar unos recursos incrementados por conceptos no sólo injustificados, sino injustos? Cuando se habla de recursos, posiblemente, el sector de la discapacidad no haya resultado ser extremadamente exigente en sus reclamaciones, pues se han mantenido silentes, arrastrando décadas de olvido en grado sumo. Yo prefiero vivir en una sociedad más justa, igualitaria e inclusiva, que injusta.

Existen posturas doctrinales, sobre todo desde el ámbito de la economía, que abogan por un ataque contra la adopción de medidas de acción

positiva en beneficio de las personas con discapacidad. Como fruto de esas teorías, se entiende que el efecto que produce esa regulación es el efecto contrario, o bien no se ve una pretendida mejora, o se minimizan parcial o totalmente los beneficios hacia los cuales se orientaba la regulación. Es el denominado efecto PELTZMAN, en virtud del cual las regulaciones estatales tienden a decaer en su objetivo e, inclusive, generan un efecto contrario al pretendido. En uno de sus trabajos, PELTZMAN⁴⁵⁴ analizó el efecto que las normas inclusivas de las personas con discapacidad contenidas en la American with Disabilities Act (ADA) de 1990 generaban, y cuyo objetivo era facilitar condiciones inclusivas para favorecer el empleo de personas con discapacidad y evitar toda forma de discriminación. Para elaborar las conclusiones de su informe, en primer lugar, el profesor PELTZMAN parte no de estudios propios, sino de unos estudios elaborados por terceras personas (Tom De Leire del año 2000, y Daron Acemoglu y Josh Angrist del año 2001); por otro lado, analiza el efecto regulatorio en sectores tan variopintos como la legislación sobre seguridad en vehículos a motor que entró en vigor en los años 60 (auto safety legislation), la Ley sobre especies amenazadas de los años 70. No parece en sí muy loable extrapolar en su informe conclusiones de leyes que no sólo regulan sectores distintos, sino con significaciones dispares en el ordenamiento jurídico; en el primer caso, quedarían en entredicho esferas de decisión personal, con incidencia en cuestiones de interés general como los costes de la asistencia médica; en el segundo, claramente la diversidad en la naturaleza, que es un bien de interés público; pero la tercera norma que dispone como elemento de comparación, se trata de una norma sobre derechos fundamentales que incide sobre la libertad e igualdad de las personas.

En relación con la Ley reguladora de los derechos de las personas con discapacidad, partiendo de las valoraciones que extrae de ambos estudios el profesor de la Universidad de Chicago, concluye que los índices de empleo de las personas con discapacidad habían caído claramente desde la entrada en vigor de la ADA. El motivo para ese descenso eran los incentivos implantados por la Ley para no contratar a personas con discapacidad. Parte del análisis de

⁴⁵⁴ PELTZMAN, Sam “*Regulation and the Wealth of Nations: The Connection between Government Regulation and Economic Progress*”. Recurso web. http://pcpe.libinst.cz/nppe/3_2/nppe3_2_3.pdf

una situación anterior al ADA, y otra posterior. En relación con la previa, argumenta que el empleador habría contratado a la persona con discapacidad y, luego, hubiese analizado si su productividad junto con su salario y los costes adicionales derivados de los ajustes que debía llevar a cabo; estos criterios justificaban su contratación de forma continuada, o no. En algunos casos hubiera resultado que sí, en otros no. Después del ADA, afirma el profesor que los costes de empleo habían cambiado, sobre todo por la existencia de multas para el caso de discriminación y el coste de los ajustes necesarios para el acceso al empleo de ese trabajador con discapacidad. El ADA crea nuevos costes tanto para el caso de la contratación, como la no contratación; llegando a concluir que resulta más rentable económicamente no contratar a un trabajador con discapacidad. Sobre esta base, *“los economicistas”*, partidarios del liberalismo económico a ultranza, entienden que debe evaluarse el impacto real que tendrán las normas en el comportamiento de los individuos receptores de la regulación y, una vez aprobada la norma, verificar si la regulación cumplió los fines para los cuales estaba dirigida o si generó otros efectos negativos.

Con posturas como ésta no haría falta política social ninguna; todo quedaría justificado por los costes económicos. Ahora, eso sí, amparados en un igualitarismo formalista, se podría entender que las personas con discapacidad, las mujeres, y todos los demás grupos sociales en exclusión, se quejan de su situación injustificadamente, pues tienen reconocidos en los textos constitucionales los mismos derechos que los demás ciudadanos y ciudadanas. La vida en comunidad tiene un coste para todos; quien piensa que vivir dando la espalda a la realidad social no lo tiene, es un ejemplo claro de ceguera. La decisión no responde a una opción económica, sino a una obligación que genera el hecho mismo de vivir en comunidad. En el reconocimiento de los derechos de las personas en riesgo de exclusión no caben opciones; ya he reflejado en el Capítulo I lo escuálido de la situación en un contexto generalizado, partiendo de los análisis sectoriales que he seleccionado en el mismo. Por ello, a mi juicio, la situación refleja una rotunda injusticia, que lastra de manera profunda la vida social en un contexto democrático. Tal como lo define MACCORMICK, el derecho debe ser justo y

tiene que servir al bien común de todos los que están bajo su jurisdicción⁴⁵⁵. En el caso español contamos con un derecho reparador de desigualdades que no goza de aplicación real en nuestra sociedad. De esta forma, en el supuesto que nos ocupa sobre las personas con discapacidad, el mismo no cumple con el principio esencial al que sirve que es restaurar las desigualdades que se generan en la vida social. Resulta preciso reinyectar responsabilidad pública para generar una corriente de justiciabilidad que reivindique en todos los ámbitos sociales los derechos de las personas con discapacidad; si empiezan por imponerse estas obligaciones los poderes públicos, esta conducta contagiará a los operadores privados en el ámbito social y de la economía.

Resulta un reto, pero también lo es la convivencia en sí misma; soy consciente de que los beneficios sociales resultan mucho mayores, en bienes tangibles e intangibles, que la pérdida que para la misma supone su no aplicación y reconocimiento. No cabe en un contexto social como el actual una vida de una persona aislada, sin conexión con el entorno social en el que se desarrolla la convivencia; ese entorno se encuentra conformado por individualidades con características distintas a la nuestra. La falta de uniformidad es lo que enriquece la vida en sociedad.

Hasta ahora no puede desdeñarse que existiera un conocimiento sobre el carácter vinculante de las normas que reconocían los derechos de las personas con discapacidad; se sabía qué valores protegían y, más todavía, existía un conocimiento sobre la demanda de satisfacción de las necesidades que este grupo humano demandaba. No obstante, no se conocía, ni se conoce todavía ante la alarmante falta de estudios estadísticos sobre la materia tal como he recogido en el Capítulo I, la realidad social subyacente, los anhelos personales frustrados de las personas que forman parte de aquél. En la práctica, parecía, tanto por parte de las instituciones como de los particulares, que la mejor solución era pensar que el conflicto estaba ahí, pero resultaba suficiente con buenos gestos y palabras sin acometer medidas de calado con las que se pusiera fin a esa situación. La propia situación injusta creada con el mantenimiento de un status quo tan magro exige un cambio de conciencia. Se va avanzando en el conocimiento de la realidad social que subyace, de tal

⁴⁵⁵ MACCORMICK, N. *"Instituciones del derecho"*. Ob. Cit. Pág. 327.

manera que los derechos de estas personas deben resultar apreciados y valorados en su contexto e integridad; revitalizando su devaluada vigencia actual. A mi juicio, de la lectura del capítulo I de este trabajo se deduce con facilidad la imperiosa necesidad de que las personas con discapacidad resulten merecedoras de un régimen jurídico diferenciado que arbitre medidas específicas en beneficio de este grupo social, con el fin de que se obtenga un mínimo de los niveles de justicia material que la libertad e igualdad de estas personas exige. Ello no es obstáculo para considerar que los derechos de las personas con discapacidad no son sólo derechos sociales, sino que se trata del mismo catálogo de derechos de cualquier otra persona, lo que no es obstáculo para afirmar que es posible defender la existencia de derechos específicos de las personas en situación de discapacidad⁴⁵⁶.

El modelo de la discapacidad es un modelo abierto que no se atiene ni a declaraciones administrativas, ni a parámetros conductuales específicos. Es un modelo para la acción para el que, partiendo de la fundamentación de los derechos a la que voy a hacer referencia a continuación, exige un resultado, dado que el respeto a la dignidad de la persona y el principio de igualdad no son graduables. El instrumento mediante el que se va a llevar a cabo es los DESC.

3.2. Sobre el fundamento: la dignidad humana, libertad, igualdad y solidaridad social

Voy a analizar el alcance teórico de cada uno de estos valores o principios, con el fin de extraer aquellas conclusiones que resultan necesarias para apoyar una solución favorable a la tesis que planteo. Esta es una cuestión no pacífica, pues como apunta MARTÍNEZ DE PISÓN, la fundamentación de los derechos sociales se encuentra aquejada de dificultades como la precisión de su significado, el empleo de diferentes concepciones para un mismo concepto, o problemas para armonizar los diferentes valores para estructurar un coherente sistema de relaciones entre ellos; como solución plantea el establecimiento de

⁴⁵⁶ DE ASÍS ROIG, R. “Sobre discapacidad y derechos”. Ob. Cit. Pág. 94.

una jerarquía entre cada principio que lo sustenta⁴⁵⁷. No obstante todas esas dificultades internas, si hay una categoría de derechos en los que se percibe de manera manifiesta su fundamentación es precisamente la categoría de los derechos sociales. Es cierto que, en la medida en que ésta la otorgan los principios que enuncio, valores que informan el ordenamiento jurídico, el reconocimiento específico de los derechos en una situación concreta de conflicto, resulta una tarea que, a falta de una satisfacción inicial, debe exigirse por la vía jurisdiccional; estableciendo la conexión necesaria de la situación fáctica que se presenta ante el órgano jurisdiccional con alguno de estos principios. Ésta resulta una labor difícil, dado que, como demuestra la experiencia profesional que he acumulado hasta la fecha, los órganos jurisdiccionales carecen frecuentemente de una sensibilidad necesaria para apreciar la fundamentación de estos derechos, y prefieren una solución “*lege ferenda*”. Demuestran, pues, un excesivo apego a la norma y a las motivaciones políticas; huyen asimismo del análisis en sus sentencias de conceptos como discriminación, pese a que esa lesión subyace, frecuentemente, en las situaciones de hecho que deben analizar los órganos jurisdiccionales en sus sentencias. El problema, a mi juicio, es una clara falta de conciencia o conocimiento de la fundamentación de estos derechos. Cuestión esta que voy a desarrollar en los apartados siguientes.

Como punto de partida he de decir que, para HOBBS, la dignidad era la estimación pública de un hombre, el valor conferido a él por el Estado⁴⁵⁸. Sin perjuicio de que la definición indicada responda a la propia concepción política del autor inglés⁴⁵⁹, y que haya dejado para un poco más adelante en este estudio el análisis del concepto moderno de dignidad, lo cierto es que en este momento y desde una valoración inicial, siguiendo el significado que apunta éste, la falta de consideración de la personalidad plena y llena de matices de las personas con discapacidad, aleja a este grupo del nivel medio de dignidad exigible por el Estado contemporáneo para un ciudadano sin discapacidad. La consideración ofrecida por los poderes públicos a este grupo ha resultado

⁴⁵⁷ En este sentido, MARTÍNEZ DE PISÓN, J. “*Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*”. Ob. Cit. Pág. 121.

⁴⁵⁸ HOBBS, T. “*Del ciudadano y Leviathan*”. Ob. Cit. Pág. 148.

⁴⁵⁹ La idea de un estado previo en situación de beligerancia, ante la que cada hombre confiere al Estado autoridad, y que posee y utiliza tanto poder y fortaleza que por el terror que inspira es capaz de conformar las voluntades de todos para la paz y mutua ayuda de todos ellos. Idem. Pág. 193.

gravemente disminuida por problemas sistémicos, por una falta de voluntad política y una escasa disponibilidad presupuestaria para atender sus necesidades reales. Parecería como si estas personas no gozaran de un anhelo de una vida con un nivel de calidad mínimamente aceptable para un ciudadano o ciudadana medio. No obstante, como indicaré, en el análisis de la dignidad humana no caben situaciones intermedias. Ya no se está ante el gran Leviathan que describe HOBBS, sino ante un estado de derecho preservado por la Constitución y los derechos fundamentales. Ante esta situación, la cesión de soberanía que se articula en virtud del mandato democrático, no puede sancionar que el propio Estado deje a un lado los derechos de personas que corren el riesgo de quedar en situación de exclusión social, o que lo haga respecto de la garantía de los derechos esenciales para preservar la dignidad humana de estas mismas personas.

Centrada así la cuestión, debo pasar a analizar la problemática que se plantea en relación con la fundamentación de estos derechos. En primer lugar, como indica PRIETO SANCHÍS⁴⁶⁰ en relación con el concepto y fundamento de los derechos humanos, citando a MUGUERZA, valores tales como la dignidad, la libertad o la igualdad pueden dar lugar a variadas y aun contradictorias interpretaciones; sería ésta una primera cuestión que pudiera favorecer la escasa recepción de estos derechos. Doctrinalmente, se ha utilizado la contraposición de valores como la dignidad humana y la libertad a la igualdad y solidaridad social, para fundamentar la subordinación de los derechos sociales a los derechos civiles y políticos; en una manera conforme la cual cuanto en mayor medida se preservaran los dos primeros principios, más debían de sufrir los dos últimos. Parece, asimismo, como si pudiera darse en un entorno social situaciones de libertad al mismo tiempo que se produce una desconsideración grave hacia el principio de igualdad, aunque sea en relación con determinados grupos sociales. Tal como apunta PISARELLO con sentido crítico, pero clarividente sobre la realidad de la situación: *“de lo que se trataría en el fondo es de optar: o se está con los derechos civiles y políticos, y se coloca en un segundo nivel de prioridades la satisfacción de la igualdad, o se está con los*

⁴⁶⁰ PRIETO SANCHÍS, L. “Estudios sobre derechos fundamentales”. Ed. Debate. 1990. Pág. 21.

*derechos sociales, y es la garantía de las libertades, de la seguridad y del pluralismo la que resulta relegada*⁴⁶¹.

Autores clásicos como ROUSSEAU mantienen en la libertad e igualdad el fin de todo sistema de legislación⁴⁶². Según esta posición doctrinal, estos principios no se limitarían al papel de valores inspiradores del ordenamiento, sino que tendrían un papel axial en el mismo. Aunque para ello se tenga que dar un tratamiento diverso a situaciones distintas, como reconoce la STC 34/1981, de 10 de noviembre, reiterada por la STC 128/1987, de 16 de julio (FJ 7), *“...el tratamiento diverso de situaciones distintas «puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva”*. Valores como la igualdad jurídico-material, a la que haré referencia en este apartado, se constituyen en un valor central del ordenamiento jurídico, llegando a constituir el criterio normativo de la bondad de las leyes, en la medida en que no se establecen éstas sólo desde la seguridad jurídica, desde un punto de vista eminentemente formal, sino también desde el punto de vista de la configuración racional de una forma de vida intersubjetiva compartida, otorgando a estos principios una función integradora del ordenamiento jurídico⁴⁶³.

Los derechos humanos se justifican en cuanto instrumentos necesarios para asegurar el disfrute de la libertad, la igualdad y la autonomía personal, siendo su principal objetivo el respeto de la dignidad humana junto con el libre desarrollo de la personalidad; por esta vía, la defensa de la opción por un derecho en situaciones de conflicto estará más justificada y tendrá más fuerza, en la medida en que se presente como directamente vinculada a esos valores y principios⁴⁶⁴. Esta conexión me permite formular dos conclusiones diferenciadas: por un lado, constituye la regla para la resolución de situaciones

⁴⁶¹ PISARELLO, G. *“Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción”*. Ob. Cit. Pág. 37.

⁴⁶² ROUSSEAU, J.J. *“El contrato social o Principios de derecho político”*. Ed. Tecnos. 4ª ed. 2000. Pág. 51.

⁴⁶³ En este sentido, HABERMAS, J. *“Facticidad y validez”*. Ob. Cit. Pág. 222.

⁴⁶⁴ DE ASÍS ROIG, R; AIELLO, A.L.; BARIFFI, F; CAMPOY, I; PALACIOS, A. *“Sobre la accesibilidad universal en el Derecho”*. Ob. Cit. Pág. 159.

de conflicto, en aquellos supuestos en que se precise fijar el alcance y contenido concreto de la regla de ponderación; por otro, fijada la conexión de los DESC con el principio dignidad humana y los valores antes enunciados, las dudas que puede arrojar una diferente catalogación entre los derechos fundamentales y los DESC, desaparecen, pues debe ser resuelta la misma en beneficio de una solución favorable al respeto de los derechos que los fundamentan.

Con el fin de evitar la disparidad de conceptos que pueden ampararse bajo el mismo, evitando la tentación de fijar un contenido distinto en función del tipo de sociedad en cuyo seno estos derechos se analizan, resulta preciso especificar cuál es el alcance que se oculta bajo cada uno de los conceptos indicados. Es la tarea que voy a acometer a continuación, en los sub-apartados siguientes

3.2.1. La dignidad humana

PALACIOS y ROMANACH distinguen cuatro visiones distintas del concepto dignidad: la histórica, o heterónoma; la que define la dignidad por su contrario, es decir, definiendo lo que lesiona la dignidad del ser humano cuando se pierde; la dignidad como valor intrínseco o punto de partida, en cuanto fundamento de los derechos humanos fundamentales; en cuanto punto de llegada, ligada a la idea de calidad de vida y a la efectividad de los derechos⁴⁶⁵. Desde el enfoque que analizo en este trabajo, me interesa por encima de los otros tres la tercera de ellas; en la medida en que, a mi juicio, con una correcta fundamentación de los derechos, se logra alcanzar unos niveles correctos de ejecutividad de los mismos.

Desde este análisis, el concepto moderno de dignidad humana presenta como eje que el individuo es valioso en sí y que la igual dignidad pretende generar una igualdad jurídica y política de los individuos a pesar de sus posiciones sociales y desigualdades naturales⁴⁶⁶. La dignidad de la persona es la más clásica raíz de los derechos fundamentales y a la que tan estrechamente están ligados los fundamentos de la igualdad. Es habitual

⁴⁶⁵ DE ASÍS ROIG, R (Presentación) a la obra PALACIOS, A y ROMANACH, J. *El modelo de la diversidad*. Ob. Cit. Pág. 138.

⁴⁶⁶ En este sentido, ver PELÉ, A. *“Una aproximación al concepto de dignidad humana”*. Disponible en web: http://universitas.idhbc.es/n01/01_03pele.pdf. Pág. 10.

considerar la dignidad humana, como el fundamento de los derechos; en este sentido, este término se utiliza para hacer referencia a una serie de rasgos que caracterizan a los seres humanos y que sirven para expresar su singularidad⁴⁶⁷. La dignidad, es el *“valor espiritual y moral inherente a la persona”* ha dicho el Tribunal Constitucional (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8); debe *“permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre... constituyendo, en consecuencia, un minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar”* (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4); la dignidad *“como rango o categoría de la persona en cuanto tal ... no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias”* (STC 13/2001, de 29 de enero, FJ 7); o discapacidad, añadiría yo. Allí donde hay dignidad, debe haber derechos fundamentales mediante los que se brinde un ámbito suficiente de protección; surge una obligación *“erga omnes”* en virtud de la cual todos los miembros de la sociedad deben concurrir desde su particular posición o rol al establecimiento del imperio del derecho⁴⁶⁸.

La dignidad se proyecta sobre todas las personas de forma igual, constituyendo con los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, el fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE). Para que se pueda realizar efectivamente el respeto a la dignidad de las personas, sus derechos y el libre desarrollo de sus diferentes personalidades, es necesario que todos los ciudadanos, de una forma generalizada, respeten el Ordenamiento Jurídico⁴⁶⁹. El igual disfrute por todos de esos derechos inherentes a la persona y necesarios para su libre desarrollo exige de medidas específicas para combatir la desigualdad. En efecto, el art. 14 CE contiene, además de una cláusula general de igualdad, una prohibición explícita de trato discriminatorio por *“cualquier... condición o circunstancia personal o social”*, entre otros motivos o criterios sospechosos de los que el Tribunal

⁴⁶⁷ DE ASÍS ROIG, R (Presentación) a la obra PALACIOS, A y ROMANACH, J. *El modelo de la diversidad*. Ob. Cit. Pág. 16.

⁴⁶⁸ De acuerdo con DE LORENZO, quien recoge la cita del Informe sobre Desarrollo Humano 2000, elaborado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, esta idea coincide con el bienestar humano. DE LORENZO, R. *“El Futuro de las personas con discapacidad en el mundo”*. Ob. Cit. Pág. 73.

⁴⁶⁹ DE ASÍS ROIG, R; AIELLO, A.L.; BARIFFI, F; CAMPOY, I; PALACIOS, A. *“Sobre la accesibilidad universal en el Derecho”*. Ob. Cit. Pág. 33.

Constitucional en reiterada jurisprudencia ha afirmado su carácter odioso y de “*perversión jurídica*” (STC 126/1986, de 22 de octubre, FJ 1; 13/2001, de 29 de enero, FJ 7). En la medida en que todo acto discriminatorio es igualmente lesivo a la consideración humana como un ser digno.

El concepto de dignidad humana exige el libre desarrollo de la persona, sujeto beneficiario de derechos humanos universales, con el fin de que pueda desarrollar un proyecto de vida individual en el que plasme el prisma de su personalidad. Tres son las variables, pues, en las que se mueve la persona para desarrollar su proyecto de vida digno: las propias capacidades del individuo, y el contexto social en el que se desarrollan y, principalmente, las barreras sociales con las que ese ser humano “*digno*” puede encontrarse. Como destaca PELÉ: “...*si el valor del ser humano es tan obvio – por derivar precisamente de los rasgos que caracterizan a los seres humanos – ¿por qué no se impone en la realidad con tanta obviedad?*”⁴⁷⁰. Esta crítica que realiza el profesor se encuentra anclada en la realidad práctica: todos sabemos que existe el principio o valor de la dignidad humana, pero luego no se sabe cómo se va a aplicar en la práctica.

Dado que se dan situaciones en las que existe riesgo de que esa dignidad resulte lesionada, se deben implantar medidas que permitan corregir esa desigualdad; a ello responden de forma directa los DESC. Este objetivo exige que el Estado disponga de suficientes mecanismos que permitan la participación del individuo en libertad. Por ello, desde este punto de vista, al hablar de derechos, como refiere José García Añón, no se puede realizar una división entre derechos civiles y derechos sociales, e incluso derechos políticos, entendiendo en este sentido una participación real y efectiva⁴⁷¹. Mediante esta interpretación del principio de dignidad humana, tanto como valor ético-moral o espiritual, como en cuanto inmerso en una concreta existencia social, se descubre la raíz de los derechos de libertad civil y política, y de todos los derechos sociales⁴⁷². PECES-BARBA citando a Werner JAEGER, entiende que

⁴⁷⁰ PELÉ, A. “*Una aproximación al concepto de dignidad humana*”. Disponible en web: http://universitas.idhbc.es/n01/01_03pele.pdf. Pág. 11.

⁴⁷¹ GARCÍA AÑÓN, J. “*Los derechos de las personas con discapacidad y las medidas de acción*”, en VV. AA. “*Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*”. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. Universidad Carlos III de Madrid. Ed. Dykinson. 2004. Pág. 88.

⁴⁷² En este sentido, BALDASARRE, A. “*Los derechos sociales*”. Ob. Cit. Pág. 78.

el origen de los derechos sociales se encuentra en la dignidad humana pero no de unos pocos elegidos, sino la de todos y esa idea está ya en su raíz⁴⁷³. Ello significa, sin duda, que la sociedad debe abogar por el desarrollo de todos y cada uno de sus ciudadanos y ciudadanas, independientemente de su condición física o social. En este objetivo nadie sobra. Esta afirmación se vuelve especialmente importante en relación con los grupos de personas en riesgo de exclusión, a quienes van destinados los DESC, como he indicado anteriormente. El modelo social de atención a estos colectivos, con un intento de suprimir las barreras sociales que dificultan el desarrollo de los individuos que conforman estos grupos sociales, conlleva que se cuestione el enfoque tradicional de la idea de dignidad humana, que ha estado basado tradicionalmente en las capacidades de las personas (cuantas más capacidades, más dignidad) y sujeto al papel social de éstas (cuanto más se aporta a la sociedad, más dignidad)⁴⁷⁴. Este modelo social reconduce la estructura social de un enfoque netamente individualista, como reflejan esos principios, a otro en el que la sociedad se vuelve más rica; en la medida en que mayor sea el número y diversidad de las personas que figuran incluidas en ella.

Desde el enfoque de los derechos, la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad otorga una fundamentación nueva a aquéllos, sobre la base del valor “*dignidad*”, con la significación siguiente: 1) como principio que fundamenta la libertad, la justicia y la paz en el mundo en el reconocimiento de la dignidad y el valor inherentes y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana (Preámbulo, apartado a); 2) la discriminación que sufren estas personas por causa de la discapacidad vulnera su dignidad (Preámbulo, apartado h); 3) la promoción y protección integral de la dignidad de las personas con discapacidad contribuye significativamente a su igualdad de oportunidades, y su inclusión en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural, tanto en los países en desarrollo como en los desarrollados

⁴⁷³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. “*Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de filosofía jurídica y Política)*”. Ob. Cit. Pág. 9.

⁴⁷⁴ DE ASÍS, R; BARRANCO, M.C.; CUENCA, P; PALACIOS, A. “*Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho Español*” en CUENCA GÓMEZ, P (editora). “*Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*”. Ob. Cit. Pág. 16.

(Preámbulo, apartado y); 4) constituye el objeto de la Convención la promoción del respeto de la dignidad de las personas con discapacidad (artº 1); 5) es principio que persigue la Convención el respeto de la dignidad inherente a las personas con discapacidad (art. 3.a); 6) línea directriz de la labor de sensibilización de los poderes públicos (artº 8.a); 7) es línea directriz de las acciones para promover la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación y la reintegración social de las personas con discapacidad que sean víctimas de cualquier forma de explotación, violencia o abuso, con especial atención a necesidades específicas del género y la edad (artº 16.4); 8) línea directriz de la labor educativa inclusiva (artº 24.1); 9) línea directriz de la labor médica prestada por los profesionales de la salud en los ámbitos públicos y privados (artº 25.d).

Producida la integración social de los grupos tradicionalmente excluidos, el valor dignidad fundamenta un modelo que ya no pasa por la supresión de las barreras que dificultan al individuo su inclusión social, sino la consideración de su diversidad como un valor central de la sociedad. No es la sociedad inclusiva lo que se busca, sino la sociedad diversa en la que todos los individuos tengan igual consideración. A diferencia del modelo social con el que se aborda el análisis de los derechos de las personas con discapacidad, en el que los principios fundamentales son la capacidad de las personas con diversidad funcional y su posibilidad de aportación a la sociedad, en el modelo de la diversidad, estos principios básicos son la dignidad humana y la diversidad⁴⁷⁵. Tanto un modelo como el otro, las acciones mediante las que se articula la plasmación de esos derechos, se nutren del reconocimiento de los DESC, a cuyo objetivo van directamente destinados. Como recoge el considerando 5 del Reglamento (UE) Nº 235/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2014 por el que se establece un instrumento financiero para la democracia y los derechos humanos a escala mundial: *“Dentro del marco de los principios y objetivos de la acción exterior de la Unión, el fomento de los derechos humanos, la democracia, el principio de legalidad y el buen gobierno, así como de un crecimiento incluyente y sostenible, constituyen los dos pilares básicos de la política de desarrollo de la Unión”*; y, dentro de su artículo 1

475 PALACIOS, A y ROMANACH, J. *El modelo de la diversidad*”. Ob. Cit. Pág. 190.

relativo a objeto y objetivos: “viii. el fomento de la participación en la vida social, económica y política, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad, incluidas las medidas para facilitar su ejercicio de las libertades conexas y el apoyo de la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la representación política”; y la lucha contra la discriminación por cualquier motivo, incluyendo : “iv)la discapacidad, la edad, la orientación sexual y la identidad de género”; “xi) los derechos de las personas con discapacidad, tal y como están establecidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; xii) los derechos económicos, sociales y culturales, incluido el derecho a un nivel de vida suficiente, así como las normas laborales básicas”. Los derechos de las personas con discapacidad y los DESC constituyen, pues, los ejes de la acción exterior de la UE, en el marco del Plan de Acción sobre los derechos humanos y la democracia.

Para PISARELLO, la caracterización de los derechos sociales como derechos que persiguen la igual dignidad de las personas, fundamenta que la diferencia con los derechos civiles y políticos, entendidos como derechos de libertad, también pierda consistencia⁴⁷⁶. Sobre la base de las consideraciones anteriores, ya no resulta básico el concepto autonomía de la persona, sino su igualdad considerada desde un punto de vista material.

Otra connotación de la que participan los derechos sociales junto con los restantes derechos humanos resulta, por su conexión con la dignidad humana, la indisponibilidad de estos derechos. Renuncia que resultaría un concepto diferente a no ejercicio; no instar o solicitar la especial protección que brinda a estos colectivos necesitados no implica que renuncien a ellos. Esta cuestión enlaza directamente con la justiciabilidad, como garantía de los derechos sociales, que contribuye sin duda a la configuración de una teoría unitaria –más compleja desde el punto de vista de su estructura y de la interacción entre sus elementos– que reconozca a todos los derechos una fundamentación común: la igual dignidad de todas las personas⁴⁷⁷. Este elemento resulta todavía una asignatura pendiente, en la medida en que, como indicaré, la sanción de la consideración de

476 PISARELLO, G. “Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción”. Ob. Cit. Pág. 41.

477 GARCÍA MORALES, A. “la justiciabilidad como garantía de los derechos sociales” en PISARELLO, G., “los derechos sociales como justiciables: potencialidades y límites”. BOMARZO. 2009. Pág. 24.

la dignidad humana, desde la perspectiva de la igualdad material, no obtiene todavía la acogida que precisa la relevancia de los intereses en juego. Todavía se mantiene, incluso por la judicatura, una consideración de la dignidad humana desde el punto de vista de la igualdad formal: la consideración de todos los seres humanos como iguales. Esta valoración que se refleja en el análisis de las sentencias dictadas sobre el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, dificulta enormemente la recepción de estos derechos en plenitud.

Uno de los argumentos que permiten concluir que los derechos sociales presentan la configuración propia del resto de los derechos fundamentales, es el eje que la dignidad del ser humano ocupa en los DESC, y que debería constituir el aspecto sustancial del interés general como tarea suprema del Estado, y su corolario de disfrute de los derechos fundamentales de las personas desde la mejora de las condiciones de vida de sus habitantes⁴⁷⁸. La vinculación de los DESC con el aspecto de las necesidades básicas de los individuos, reviste éstos de un aura privilegiada en las categorías de derechos. A mi juicio, los DESC atienden mejor que otros derechos, como por ejemplo los derechos de participación política, las necesidades que plantea la dignidad del individuo. No obstante, a diferencia de los derechos civiles y políticos, los derechos sociales no se sustentan en una concepción del individuo como ente abstracto, sino más gregaria, más societaria, que tiene en consideración la diversa situación de los ciudadanos y ciudadanas, y que busca la función social de los derechos y de las instituciones; frente al individuo átomo, una perspectiva social, colectiva⁴⁷⁹. Este aspecto o dimensión grupal ya ha sido expuesto con detalle anteriormente.

Por último, entiendo que resulta preciso formular una pregunta; ¿resulta la dignidad graduable?, ¿es distinto el contenido de la dignidad para unas personas frente a otras?, ¿hay colectivos que son merecedores de un nivel de dignidad reforzado frente a otros? Evidentemente, la respuesta a esa pregunta debiera ser negativa, pero, en la práctica, parece que los anhelos vitales de determinados grupos de personas tienen mayor consideración que los del resto; lo único que ocurre es que, normalmente, los grupos cuya dignidad resulta, en la práctica,

⁴⁷⁸ RODRÍGUEZ-ARANA, J. *“Interés general, Derecho Administrativo y Estado del Bienestar”*. Ed. Iustel. 2012. Págs. 153.

⁴⁷⁹ MARTÍNEZ DE PISÓN, J. *“Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales”*. Ob. Cit. Pág. 106.

prioritariamente protegida son aquéllos que no se encuentran en riesgo de exclusión. Basta leer la prensa diaria para percibir de forma clara esta afirmación.

Establecido el vínculo de los derechos sociales con la dignidad humana, éste se configura, asimismo, como un indicador de la “*fundamentalidad*” de un derecho, tal como reconoce la STC 236/2007, de 7 de noviembre, sobre la base del art. 10.1 de la Constitución Española. Esta sentencia tiene como grupo social de análisis el de las personas con nacionalidad de otros países; no obstante, reconoce en su FJ 3º que éstos deben gozar, al igual que los ciudadanos y ciudadanas españoles de aquellos derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica (STC 107/1984, F. 3), ..., el derecho a la libertad y a la seguridad (STC 144/1990, de 26 de septiembre, F. 5), y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC 137/2000, de 29 de mayo, F. 1); declarando: *“La aplicación del criterio fijado en su día por este Tribunal para determinar si un concreto derecho pertenece o no a este grupo ofrece algunas dificultades por cuanto todos los derechos fundamentales, por su misma naturaleza, están vinculados a la dignidad humana. Pero como se dirá seguidamente, la dignidad de la persona, como «fundamento del orden político y la paz social» (art. 10.1 CE), obliga a reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla, erigiéndose así la dignidad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes, incluido el legislador”*.

Parece que el legislador ha intentado corregir esta situación en el nuevo TRDPCDYS, en cuyo artículo 3, apartado I) incluye una mención específica a las personas con discapacidad, al declarar como principio general de actuación: *“el respeto al desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad....”*. Cuál vaya a ser la virtualidad práctica de esta declaración está evidentemente por ver, dado que, a mi juicio, subsisten los problemas que planteaba la aplicación práctica de los derechos contenidos en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad (LISMI), la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad

(LIONDAU), y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, a las que el TRDPCDYS deroga. Una persona sólo puede ser digna si lleva a cabo el desarrollo pleno de su personalidad, como manifestación de su libertad. De ahí la importancia del principio que voy a analizar en el apartado siguiente.

3.2.2. Libertad

La concepción clásica de libertad se resume en la posición de HOBBS, para quien por libertad se entiende la ausencia de impedimentos externos, impedimentos que con frecuencia reducen parte del poder que un hombre tiene de hacer lo que quiere⁴⁸⁰. Guarda relación esa concepción, por lo tanto, con la exclusiva preservación de ámbitos de libre decisión para el individuo; asimismo, con una persona plenamente capaz, que sólo ve limitada su libertad por su relación con los otros⁴⁸¹. En este mismo sentido, KANT definía como libertad la propiedad de la causalidad de los seres vivos para poder ser eficiente independientemente de causas ajenas que la determinen⁴⁸²; su concepto de libertad se extiende a todos los seres racionales, y se halla indisolublemente unido al concepto de autonomía, con el que se vincula el principio universal de moralidad que sustenta todas las acciones de los seres racionales⁴⁸³. Por otro lado, KANT desde un punto de vista político, entiende que un pueblo debe convertirse en un Estado de acuerdo con los conceptos jurídicos generales de la libertad y de la igualdad, y este principio no está basado en la prudencia sino en el deber⁴⁸⁴. Es inherente, por lo tanto, a la concepción de Estado la fundamentación del mismo en estos dos principios. Existe una conexión entre libertad y eticidad, ya que lo justo es también moral, porque las leyes tienen por misión crear las condiciones externas para el desarrollo de la libertad interna y para la búsqueda de la felicidad individual⁴⁸⁵. Unidos los elementos enunciados,

⁴⁸⁰ HOBBS, T. *“Del ciudadano y Leviathan”*. Antología de Textos Políticos. Edición de Enrique Tierno Galván. Ed. Tecnos. 2013. Ob. Cit. Pág. 171. También, en relación con la primera afirmación, en pág. 210.

⁴⁸¹ *“Un hombre es libre quien en aquellas cosas de que es capaz, por su fuerza y por su ingenio, no está obstaculizado para hacer lo que desea”*. Idem. Pág. 210.

⁴⁸² KANT, I. *“Fundamentación para una Metafísica de las Costumbres”*. Ob. Cit. Pág. 140.

⁴⁸³ KANT, I. Idem. Pág. 149.

⁴⁸⁴ KANT, I. *“Sobre la paz perpetua”*. Ob. Cit. Pág. 94.

⁴⁸⁵ CORTINA, A. *“Ética sin moral”*. Ed. Tecnos. 2010. Pág. 87.

resulta que sólo cuando una organización política garantiza un nivel de libertad individual que permita al individuo gozar de autonomía personal, esta organización puede ser considerada justa.

No obstante, para una concepción contemporánea de libertad, como la que representa PECES-BARBA⁴⁸⁶, la libertad es el referente central para fundamentar los derechos y tanto la igualdad como la seguridad y la solidaridad tienen que identificarse y definirse en relación con ella; todos estos principios juegan de forma conjunta con el fin de sintetizarse en una persona digna y, en consecuencia, libre. Ese margen de libertad se obtiene por medio de los derechos. Como manifiesta HABERMAS, los derechos individuales corresponden con el concepto de libertad o la libertad individual de acción; los derechos fijan los límites dentro de los cuales un sujeto tiene legitimidad para ejercer libremente su voluntad⁴⁸⁷. Es por ello que, sin un ámbito de libertad, no resulta posible disfrutar los derechos individuales; la libertad y el sistema de derechos quedan conectados, por lo tanto, creando un, a modo de, vaso comunicante. El problema estriba en que, en el sistema político actual, la libertad se presupone, por lo que, en consecuencia, se presupone también que el sistema de derechos se desarrolla y disfruta en plenitud por todos los ciudadanos. No obstante, la situación real presenta situaciones en las que esas libertades son cercenadas socialmente, como ocurre por ejemplo cuando se analiza la situación de las personas en riesgo de exclusión social. Lo que permanece imperturbable es un principio de libertad política o libertad formal, que en ningún caso corresponde con la libertad material⁴⁸⁸, que corresponde con el derecho individual a *“hacer todo lo que las leyes permiten, de modo que si un ciudadano pudiera hacer lo que las leyes prohíben, ya no habría libertad, pues los demás tendrían igualmente esta facultad”*⁴⁸⁹. La sacralización de este principio de libertad formal se ha constituido en la tradición jurídica liberal de los últimos trescientos años, desde Kant a Rawls, entre los autores contemporáneos, tal como desarrollo en el capítulo III de este trabajo. Lo cierto es que, tomando las palabras anteriores de

⁴⁸⁶ PECES-BARBA, G. *“Curso de Derechos Fundamentales”*. Ob. Cit. Pág. 217

⁴⁸⁷ *“It corresponds to the concept of liberty or individual freedom of action: rights fix the limits within which a subject is entitled to freely exercise her will”*. HABERMAS, J. *“Between Facts and Norms”*. Ob. Cit. Pág. 82.

⁴⁸⁸ MONTESQUIEU define ésta como: *“En un Estado, es decir, en una sociedad en la que hay leyes, la libertad sólo puede consistir en poder hacer lo que se debe querer y en no estar obligado a hacer lo que no se debe querer”*. MONTESQUIEU. *“Del Espíritu de las Leyes”*. Ob. Cit. Pág. 204.

⁴⁸⁹ Idem Pág. 205.

MONTESQUIEU no se sabe qué ocurre cuando determinados grupos sociales se ven privados de hacer aquello a lo que la Ley les autoriza, o no pueden impedir aquello que la Ley prohíbe; ese principio de libertad formal no nos facilita la respuesta.

Dos son las manifestaciones de este principio de libertad: la libertad negativa y la libertad positiva. Por “*libertad negativa*” se entiende la situación en la cual un sujeto tiene la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos⁴⁹⁰. Esta resulta ser la concepción clásica del principio, antes apuntada. El concepto de “*libertad positiva*” es la situación en virtud de la cual un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones, sin verse determinado por la voluntad de otros⁴⁹¹. Ambas manifestaciones tienen su encuadre en las relaciones humanas; ambas tienen como eje el valor de la dignidad humana; ambas exigen una actividad del poder político con el fin de que se respeten en la comunidad. La diferencia, a mi juicio, estriba en la complejidad de las soluciones que exigen ambos conceptos: para la libertad negativa, resulta necesaria una labor de respeto de la Ley, imponiendo una serie de reacciones preestablecidas en el supuesto de una infracción, conforme al ordenamiento jurídico, así como una labor de ponderación por parte de las autoridades administrativas y judiciales; por el contrario, la libertad positiva exige un análisis que permita el conocimiento en profundidad de las dificultades y las necesidades básicas con las que se encuentra el sujeto, para el desarrollo y satisfacción de su voluntad y la puesta en marcha de un abanico de soluciones de las que sólo se encuentra predeterminado el efecto final: la preservación de la libertad del individuo. HABERMAS da una explicación clarividente del alcance de este último concepto: “*la libertad positiva de la persona ética se realiza en la ejecución consciente de la propia biografía individual y se manifiesta en aquellos ámbitos básicos de la vida privada en los que las vidas de quienes pertenecen a un mundo de vida intersubjetivamente compartido se entrelazan en el marco de tradiciones comunes en el plano de las interacciones simples. En tanto que libertad ética, esta libertad escapa a la regulación jurídica, pero viene posibilitada por la libertad jurídica*”⁴⁹². Estoy plenamente de acuerdo

⁴⁹⁰ BOBBIO, N. “*Igualdad y libertad*”. Ob. Cit. Pág. 97.

⁴⁹¹ Idem. Pág. 100.

⁴⁹² HABERMAS, J. “*Facticidad y validez*”. Ob. Cit. Pág. 481.

con la conclusión del profesor alemán, salvo en la afirmación relativa a que se escapa de la regulación jurídica, dado que uno de los fundamentos del ordenamiento jurídico es la garantía de la libertad e igualdad de las personas en el marco de la promoción de su dignidad personal; por ello, es un fin que se debe perseguir desde la estrategia política y como una demanda social, poniendo los instrumentos y medios para ello. Éste debe ser un objetivo del sistema jurídico mismo y no una consecuencia de la propia garantía de la libertad negativa, como razona el profesor.

Una de las manifestaciones de la voluntad positiva a la que acabo de hacer referencia, es la libertad para elegir. Que una voluntad sea autónoma, en el sentido que apunté anteriormente, no implica en absoluto que la acción que se derive de ella sea libre, es decir, que no sea impedida o constreñida⁴⁹³. Lo cierto es que ambos conceptos de libertad se encuentran ligados y en conexión, de tal manera que allí donde cae una, cae la otra⁴⁹⁴. Este aspecto parece olvidado muy frecuentemente por el poder político, que se conforma con mantener un nivel, a su juicio adecuado, de libertad negativa, aunque no se obtenga respecto de la positiva.

Valorando la aportación de este último autor, el profesor RUIZ MIGUEL apunta que la idea básica de los DESC es la de que ciertos recursos materiales o económicos y culturales son condición necesaria para el desenvolvimiento de la capacidad de elección entre las distintas opciones en que la libertad consiste. Todo ello en el marco de la diferencia entre la libertad y el valor de la libertad, al que los DESC irían destinados⁴⁹⁵. Uno y otro ámbito no resultan coincidentes; la libertad no resulta un principio absoluto sin valor, sino que tiene un uso: resulta una libertad para hacer o llevar a cabo algo. En este último ámbito es donde la libertad adquiere toda su significación. Aquí resulta donde se producen las interferencias que hacen que una persona no desenvuelva su ámbito de libertad en plenitud.

Como apunta ADNANE RKIOUA⁴⁹⁶ en los sistemas constitucionales predominantemente liberales, se parte de la premisa de que la libertad

⁴⁹³ BOBBIO, N. *"Igualdad y libertad"*. Ob. Cit. Pág. 104.

⁴⁹⁴ Idem. Pág. 117.

⁴⁹⁵ RUIZ MIGUEL, A. *"Derechos liberales y derechos sociales"*. Ob. Cit. Pág. 673.

⁴⁹⁶ ADNANE RKIOUA, A. *"El artículo 10.2 CE: un cauce para integrar el contenido de los derechos sociales. Reflexiones tras la ratificación de España del Pacto Facultativo al Pacto Internacional de derechos"*

abstractamente considerada es realizable, por lo que los derechos sociales son prescindibles para su consecución salvo respecto de aquellos derechos de cuyo contenido resulta imposible separar el contenido prestacional del de libertad; dicho en otros términos, sólo se establece la conexión con los derechos sociales cuando éstos constituyen las condiciones materiales del ejercicio del derecho de libertad concreto. De tal manera que, como apunta este profesor, la predicada indivisibilidad de los derechos, a resultas de ello, sólo se propugna cuando se trata de derechos civiles y políticos con incidencia en la materia social, pues, la justicia social, sin ser un objetivo directo, resulta de este modo alcanzable sólo en cuanto se le considera como imprescindible para la realización de un derecho de libertad. No obstante, como se ve, la realidad que denuncia responde a una mera cuestión dogmática; la libertad plena del individuo no resulta posible sin la satisfacción de un conjunto mínimo de condiciones materiales. La atribución de un valor absoluto a la libertad, como apunto en otro apartado de este trabajo, carece de fundamento.

La intensidad con la que se disfruta o padece la existencia de libertad o la pérdida de la misma, resulta distinta para cada individuo; un aspecto destacado que permite aclarar el sentido de lo que acabo de manifestar tiene que ver, por ejemplo, con la accesibilidad. Las ciudades resultan inaccesibles para muchas personas; pues bien, no puede tener el mismo valor la libertad que puede exigir una persona para que se le permita disfrutar libremente de un vehículo sin límite de velocidad, que para una persona en silla de ruedas el rebaje de un escalón que le permita moverse libremente sin la ayuda de una tercera persona. Mientras que la primera decisión traerá consigo exclusivamente la intervención de las autoridades limitando de forma coactiva el disfrute de esa libertad por los perjuicios que puedan causar a terceras personas en caso de que se produzca un accidente; en el segundo, se exigirá una labor activa de las autoridades locales para la implantación de medidas urbanísticas que impidan estas situaciones, incluso aportando fondos públicos con los que afrontar sus costes. En este último caso, resulta imprescindible imponer determinadas restricciones en la libertad de los individuos, por ejemplo por la vía de la imposición de

económicos, sociales y culturales”. LEX SOCIAL-Revista de los Derechos Sociales núm. 1/2011, julio-diciembre 2011. Pág. 128.

exacciones impositivas, con el fin de posibilitar el disfrute por estas personas afectadas de su libertad.

En el seno del mismo principio se encuentra encuadrado el ya apuntado concepto de *“libertad promocional”* propuesto por el profesor Peces-Barba, de acuerdo con el cual los DESC participan de otros elementos caracterizadores de los derechos fundamentales como la universalidad, ya que mediante ellos se garantizan las necesidades de todos aquéllos en quienes concurra una situación de necesidad, sin distinción, lo que no es óbice para que no resulten beneficiados por ellos la totalidad de ciudadanos y ciudadanas. Como apunta HABERMAS un orden jurídico no sólo tiene que garantizar que cada persona sea reconocida en sus derechos por las demás personas, sino que el reconocimiento recíproco de los derechos de cada uno por todos los demás tiene que descansar en leyes que serán legítimas en la medida en que garanticen iguales libertades a todos, de suerte que la libertad del arbitrio de cada uno sea compatible con la libertad de cada uno de los demás; para el profesor alemán, las leyes morales cumplen esta condición por sí, pero cuando se trata de reglas de Derecho positivo esta condición debe cumplirla el legislador político; de esta manera, el sistema jurídico se convierte en un auténtico lugar de integración social⁴⁹⁷. Es por ello que el individualismo exacerbado propio del liberalismo clásico imperante no tiene lugar en nuestra comunidad política. La libertad jurídica, la permisión jurídica de hacer u omitir algo, carece de valor sin la libertad fáctica, es decir, la posibilidad efectiva de elegir entre lo permitido⁴⁹⁸. Reforzando esta idea ESCOBAR ROCA entiende que la idea de libertad presente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos es la libertad real o efectiva, es decir, los derechos sociales sirven también a la libertad, desde una concepción realista y exigente de la misma, desde el entendimiento de que una persona no puede considerarse libre si no encuentra satisfechas sus necesidades básicas⁴⁹⁹. Éste es el concepto amplio de libertad que recoge el Preámbulo de la Declaración, en un marco representado por los derechos fundamentales del hombre, la dignidad y el valor de la persona humana, la igualdad de derechos de hombres y mujeres, la promoción del progreso social y la elevación del nivel de vida. Por esta vía, se

⁴⁹⁷ HABERMAS, J. *“Facticidad y validez”*. Ob. Cit. Pág. 94.

⁴⁹⁸ Idem. Pág. 485.

⁴⁹⁹ ESCOBAR ROCA, G. *“Indivisibilidad y derechos sociales: de la Declaración Universal a la Constitución”*. Lex Social- Revista de los Derechos Sociales. Nº 2/2012. Julio-diciembre 2012. Pág. 53.

puede llegar a concluir que no hay un concepto unívoco de libertad, sino que todos los significados antes apuntados contribuyen a la satisfacción del valor axial de la dignidad humana. Es por ello que la tradicional distinción entre los derechos políticos o de autonomía, como vinculados con el principio de libertad, y los derechos sociales con el principio de igualdad ceden ante la defensa de un concepto integral de ambos valores, en el que uno y otro se complementan. No hay libertad sin igualdad y viceversa. MARTÍNEZ DE PISÓN mantiene esta tesis, destacando que el valor de la libertad sustenta también los derechos sociales, aunque sea un concepto cuyo significado se construya a partir de la igualdad, en íntima conexión con las pretensiones equilibradoras de las políticas sociales y de las acciones redistributivas del Estado social, ya que con los derechos sociales se busca, en realidad, la remoción de los obstáculos al ejercicio concreto de la libertad⁵⁰⁰.

Esta labor de coordinación de intereses sólo puede ser llevada a cabo mediante los DESC, dentro de una categoría unificada de derechos fundamentales. El resultado de este proceso es que cambia el papel de los sujetos implicados en el proceso de producción normativa ya que se les exige que salgan del papel de sujetos jurídicos privados y adopten el papel de ciudadanos y ciudadanas activas, no orientándose a su propio éxito: De esta manera, los derechos de participación y de comunicación se convierten en un ingrediente esencial del mecanismo de producción de normas⁵⁰¹. Al final de este proceso, el principio de libertad cede ante el de justicia, cuando resulta preciso arbitrar medidas mediante las que se prevengan o solucionen determinadas situaciones discriminatorias. Se puede restringir, pues, determinados ámbitos de libertad personal, con el fin de garantizar el principio de justicia en colectivos en riesgo de exclusión como el que estudio. En último término, cuando alguien recibe fondos como consecuencia de la función redistributiva de la riqueza, es su propia libertad la que queda ensalzada, al mismo tiempo que el efecto que produce en la libertad como tal, resulta intrascendente⁵⁰². Por todo ello, hay autores que propugnan que a la clásica división de la libertad que he esbozado

⁵⁰⁰ MARTÍNEZ DE PISÓN, J. *“Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales”*. Ob. Cit. Pág. 105.

⁵⁰¹ HABERMAS, J. *“Facticidad y validez”*. Ob. Cit. Pág. 94.

⁵⁰² En este sentido ver COHEN, G.A. *“On the currency of egalitarian justice, and other essays in political philosophy”*. Princeton University Press. 2011. Pág. 223.

en este apartado se una un nuevo concepto, el de libertad real, conforme a la cual se trataría de una libertad contextualizada que remueva los obstáculos que impiden su ejercicio, identificándose con la idea de capacidad, entendida como disponibilidad de medios para realizar una acción⁵⁰³. Este tipo de libertad se debe construir desde la igualdad⁵⁰⁴.

3.2.3. La igualdad

El concepto de igualdad resulta el producto a lo largo de la historia de diferentes sensibilidades, distintas en cada momento histórico, ya que, como refiere el profesor PÉREZ LUÑO el mismo ha variado en lo referente a la intensidad de su reivindicación, así como en cuanto a su alcance y contenido a lo largo del proceso histórico, habiéndose dado preeminencia a diferentes aspectos de la igualdad al conectarse esta idea con exigencias religiosas, políticas, raciales o socioeconómicas⁵⁰⁵. Ejemplo de ello, MONTESQUIEU mantiene una concepción tradicional sobre la igualdad, basada exclusivamente en la titularidad de la propiedad, que, interrelacionada con la libertad, se traduce en la visión clásica de los derechos humanos, como derechos de autonomía, que ha sido el legado que ha perdurado hasta nuestros días.

La igualdad, no obstante, tiene valor en sí misma, en cuanto que es un principio que impregna el ordenamiento jurídico. La igualdad como valor superior cumple una triple función: 1) posee una dimensión fundamentadora, cuyo fin es dotar de sentido a todo el ordenamiento jurídico; 2) resulta la guía para orientar la interpretación teleológica de la Constitución; 3) es el criterio para medir la legitimidad de las diversas manifestaciones del sistema de legalidad, por lo que resulta un parámetro de valoración. No se aplica para resolver conflictos jurídicos concretos, sino que su misión es condicionar y orientar el proceso interpretativo⁵⁰⁶.

⁵⁰³ En este sentido, con cita de F. Laporta, MARTÍNEZ DE PISÓN, J. *“Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales”*. Ed. Tecnos. 1998. Pág. 127.

⁵⁰⁴ Idem. Pág. 145.

⁵⁰⁵ PÉREZ LUÑO, A. *“Reflexiones sobre los valores de igualdad y solidaridad, a propósito de una Convención Internacional para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad”*. En VV.AA *“Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas”*. Ed. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson, Madrid 2004. Pág. 39.

⁵⁰⁶ DE ASÍS ROIG, R; AIELLO, A.L.; BARIFFI, F; CAMPOY, I; PALACIOS, A. *“Sobre la accesibilidad universal en el Derecho”*. Ob. Cit. Pág. 37.

Este análisis deviene de una importancia trascendental, para el objeto de este estudio, dado que, partiendo de los fines que se atribuye a ella, los criterios de ponderación que se apliquen en los supuestos en que exista colisión de derechos deberán ser resueltos en el sentido de otorgar el mayor grado de igualdad posible del individuo. De igual trascendencia resulta la consideración del valor igualdad en cuanto “*norma de cierre*” o “*norma de clausura*”, según el sentido analizado, pero, al mismo tiempo, “*norma de apertura*”, en cuanto que se adapta a la realidad social ofreciendo nuevas soluciones normativas⁵⁰⁷. Todas ellas con el fin de preservar la aplicación del principio. Como apunta PÉREZ LUÑO, las manifestaciones del principio de igualdad son: la exigencia de generalidad de las normas jurídicas; las exigencias de equiparación, que supone un trato igual de circunstancias no idénticas, pero irrelevantes para el disfrute de determinados derechos; la exigencia de diferenciación, es decir el tratamiento diferenciado de circunstancias y situaciones aparentemente semejantes, pero que requieren una reglamentación jurídica distinta, no considerando la igualdad ante la ley en sentido estático, sino dinámico, ya que la igualdad aplicada de un modo uniforme, como un criterio formal y abstracto, puede degenerar en una sucesión de desigualdades reales⁵⁰⁸.

No obstante, la enunciación de este principio no ha sido suficiente para satisfacer la igualdad plena de todos y cada uno de los ciudadanos y ciudadanas. Como pone de manifiesto BOBBIO, la dificultad de establecer el significado descriptivo de “*igualdad*” estriba sobre todo en su indeterminación, de modo que decir que dos entes son iguales nada significa en el lenguaje político, si no se especifica de qué entes se trata y respecto a qué cosa son iguales, es decir, si no se está en condiciones de responder a dos preguntas: a) ¿igualdad entre quiénes?, y b) ¿igualdad en qué?⁵⁰⁹ De la misma forma que he manifestado anteriormente respecto del principio “*libertad*”, la “*igualdad*”, frecuentemente, se presume sin llegar a responder a esas dos preguntas. Es

⁵⁰⁷ Idem. Pág. 37.

⁵⁰⁸ PÉREZ LUÑO, A. “Reflexiones sobre los valores de igualdad y solidaridad, a propósito de una Convención Internacional para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad”. En VV.AA “Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas”. Ob. Cit. Págs. 42-43.

⁵⁰⁹ BOBBIO, N. “Igualdad y libertad”. Ob. Cit. Págs. 53-54.

por ello que, ante la insuficiencia del principio “*igualdad formal*”, se acuña el de “*igualdad material*”, caracterizado por la introducción de la igualdad como mecanismo para conseguir una igual satisfacción de los derechos, aunque pueda suponer renunciar a la universalidad jurídica que caracteriza el principio de igualdad formal⁵¹⁰. Este compromiso tiene su fundamentación en el artículo 9.2 de la Constitución Española, conforme al cual las Administraciones Públicas están obligadas a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

La igualdad, en cuanto derecho, no puede olvidarse que se tiene siempre en cuanto igualdad “*en algo*” o “*para algo*”. Este significado goza de una relevancia especial cuando se trata del ejercicio de derechos por personas que pertenecen a un grupo de riesgo de exclusión social. Igualdad en sentido formal y material son dos acepciones distintas de un mismo concepto, pero que guardan una estrecha relación y generan un haz de importantes consecuencias en la dinámica del ordenamiento jurídico, pero que, tomadas de forma aislada, nos conduce a un resultado distinto en el reconocimiento de los derechos. La idea de igualdad puede referirse al Derecho, es decir, ser igualdad ante la ley, a veces llamada igualdad formal, y sería igualdad en el ámbito del sistema jurídico; o igualdad en la vida social, en la realidad de las relaciones entre los hombres, que se ha venido llamando igualdad real o igualdad material⁵¹¹. Como apunta FERRAJOLI, los elementos constitutivos del principio de igualdad jurídica son el valor primario de la persona y el consiguiente principio de tolerancia; constituye un principio complejo que incluye las diferencias personales y excluye las diferencias sociales⁵¹². Para este autor, el valor de la igualdad desde un punto de vista formal consiste en el igual valor asignado a todas las diferentes identidades que hacen de cada persona un individuo diferente de los demás y de cada individuo una persona como todas las demás;

⁵¹⁰ DE ASÍS ROIG, R. y CUENCA GÓMEZ, P. “La igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad” en VV.AA. “2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España”. Ob. Cit. Pág. 65.

⁵¹¹ PECES-BARBA, G. “Curso de derechos fundamentales”. Ob. Cit. Pág. 284.

⁵¹² FERRAJOLI, L. “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”. Ob. Cit. Pág. 906.

mientras que en la igualdad material, la igualdad radica en el desvalor asociado a las diferencias de orden económico y social⁵¹³.

La igualdad ante la ley es la igualdad proclamada en el artículo 14 de la Constitución Española; el precepto que garantiza el reconocimiento de un mismo estatus jurídico para todos los ciudadanos y ciudadanas. Como mantiene el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 19/1989 de 31 enero, con cita de la STC 103/1983, de 22 de noviembre, en relación con las condiciones laborales de determinados colectivos: *“...declaramos que del principio de igualdad ante la ley se deriva, por un lado, un límite al legislador para que las normas no creen entre los ciudadanos situaciones discriminatorias o injustificadamente desiguales, y, por otro, un derecho subjetivo capaz de poner en marcha los mecanismos jurídicos necesarios para restablecer la igualdad en los casos en que hubiese sido quebrantada. En esa misma Sentencia dijimos también que el principio de igualdad exige que a supuestos de hecho iguales sean aplicadas iguales consecuencias jurídicas, y que deben considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sean arbitrarios o carezcan de fundamento racional, carencia que sin duda concurre en la diferencia de trato que venga motivada única y exclusivamente por el sexo de la persona afectada. Pero, como hizo notar este Tribunal en la STC 128/1987, de 16 de julio, la virtualidad del art. 14 de la Constitución no se agota en la cláusula general de igualdad que inicia su contenido, sino que también persigue la interdicción de determinadas diferencias, históricamente muy arraigadas, que tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones no solo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la Constitución. Más en concreto, la expresa prohibición de la discriminación por razón de sexo, no sólo entraña la interdicción de la desigualdad de trato injustificada, sino también la decisión constitucional de acabar con la histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer en la vida social, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones de trabajo. De ahí que, en principio, no puedan considerarse lesivas del principio de*

⁵¹³ Idem. Págs. 906-907.

igualdad, aun cuando establezcan un trato más favorable, las medidas que tengan por objeto compensar la situación de desventaja de determinados grupos sociales...” (FJ 4º). Estas conclusiones no pueden sólo resultar extrapoladas a las situaciones de discriminación por razón de sexo, sino a todos los grupos a los que la doctrina denomina “categorías sospechosas de sufrir una discriminación”⁵¹⁴, como es el grupo que es objeto de este estudio, ya que si se parte de que, según tiene reconocido el Tribunal Constitucional, “no toda desigualdad de trato es discriminatoria, sino sólo aquella que, afectando a situaciones sustancialmente iguales desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de una justificación objetiva y razonable” (STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 8), y que, de acuerdo con el artículo 14 del Texto Constitucional, la discapacidad resulta una circunstancia social que, por sí, no justifica la discriminación, la misma resultaría prohibida.

De todas formas, el Tribunal Constitucional ha sostenido, como se analizará más adelante, que *“la igualdad reconocida en el art. 14 no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas”* (STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 2). Con todo, pronunciamientos como los de la STC 273/2005, de 27 de octubre (FJ 3), o la STC 307/2006, de 23 de octubre (FJ 4), sí recuerdan que *“según reiterada jurisprudencia constitucional, el art. 14 CE, que dispone que los españoles son iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual”,* a la par que impone a los poderes públicos el deber de dispensar un trato igual. Como razona el Tribunal en el Fundamento Jurídico de la última sentencia citada: *“...la igualdad jurídica o igualdad ante la Ley, no comporta necesariamente una igualdad material, lo que significa que a los supuestos de hecho iguales deben ser aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también, y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados (STC 49/1982, de 14 de julio, F. 2). Como ha afirmado reiteradamente este*

⁵¹⁴ DE ASÍS ROIG, R; AIELLO, A.L.; BARIFFI, F; CAMPOY, I; PALACIOS, A. “Sobre la accesibilidad universal en el Derecho”. Ob. Cit. Pág. 41.

*Tribunal, el juicio de igualdad constituye un juicio de carácter relacional que requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas (STC 181/2000, de 29 de junio , F. 10) y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre , F. 6; 29/1987, de 6 de marzo , F. 5; 1/2001, de 15 de enero , F. 3). Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma (STC 200/2001, de 4 de octubre, F. 5). Así pues «el juicio de igualdad ex art. 14 CE exige la identidad de los supuestos fácticos que se pretenden comparar, pues lo que se deriva del citado precepto es el derecho a que supuestos de hecho sustancialmente iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas» (SSTC 212/1993, de 28 de junio, F. 6, y 80/1994, de 13 de marzo , F. 5, entre otras). Por ello toda alegación del derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación un *tertium comparationis* frente al que la desigualdad se produzca, elemento de contraste que ha de consistir en «una situación jurídica concreta en la que se encuentren otros ciudadanos u otros grupos de ciudadanos» (ATC 209/1985, de 20 de marzo, F. 2). Para PRIETO, la violación del principio de igualdad sólo procede: a) cuando estamos en presencia de un tratamiento desigual, sin ninguna razón que lo permita; b) cuando estamos en presencia de un tratamiento igual, habiendo una razón que lo impida; por ello, que un tratamiento desigual no resulte arbitrario o carente de razón no significa que, a sensu contrario, un tratamiento igual haya de reputarse arbitrario⁵¹⁵.*

Llegado a este punto, debo plantear si la discapacidad actúa como ese “*tertium comparationis*” que exige el Tribunal; así lo ha reconocido el Tribunal en su sentencia 269/1994, de 3 de octubre (FJ 4), en el que declara: “No siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciado en el art. 14 CE es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de

⁵¹⁵ PRIETO SANCHÍS, L. “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”. Ob. Cit. Pág. 27.

discriminación. Precisamente porque puede tratarse de un factor de discriminación con sensibles repercusiones para el empleo de los colectivos afectados, tanto el legislador como la normativa internacional (Convenio 159 de la OIT) han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas. De ahí la estrecha conexión de estas medidas, genéricamente, con el mandato contenido en el art. 9.2 CE, y, específicamente, con su plasmación en el art. 49 CE. Lógicamente, la legitimidad constitucional de medidas de esta naturaleza equiparadora de situaciones sociales de desventaja, sólo puede ser valorada en el mismo sentido global, acorde con las dimensiones del fenómeno que trata de paliarse, en que se han adoptado, adecuándose a su sentido y finalidad. Por ello no resulta admisible un argumento que tiende a ignorar la dimensión social del problema y de sus remedios, tachando a éstos de ilegítimos por su impacto desfavorable, sobre sujetos individualizados en los que no concurren los factores de discriminación cuyas consecuencias se ha tratado de evitar”.

No obstante, como debe partirse del postulado de la igual dignidad de todos los seres humanos, será preciso justificar adecuadamente en cada caso el trato dispar que se pretenda dispensar a una persona o un grupo de ellas respecto de otras. Es decir, se deberá someter cada caso a un juicio de igualdad, que, como he indicado anteriormente, tiene carácter relacional (STC 139/2005, de 26 de mayo, FJ 6, y STC 199/2004, de 15 de noviembre, FJ 6). Según ese juicio, un trato es discriminatorio y debe ser corregido cuando concurren varios elementos: en primer lugar, la identificación de una diferencia de trato relevante entre dos personas, grupos o categoría de personas (STC 181/2000, de 29 de junio); en segundo lugar, la comprobación de que las personas que han padecido esa disparidad de trato se encuentran en una situación homogénea o equiparable, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre y 1/2001, de 15 de enero, la STC 307/2006, de 23 de octubre, FJ 4, y la STC 273/2005, de 27 de octubre, FJ 3.), sino equiparable; en tercer lugar, la inexistencia de una justificación, objetiva y razonable, que pueda legitimar

desde el punto de vista constitucional el distinto trato recibido, y de una proporcionalidad entre la diferencia de trato y la finalidad perseguida; en cuarto lugar, sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma» (STC 119/2002, de 20 de mayo, FJ 4). Para llevar a cabo esa labor fiscalizadora de la Ley desde la indicada perspectiva del derecho de igualdad, el Tribunal ha recurrido en ocasiones a cánones complementarios de enjuiciamiento, como lo es el de exigir que exista una justificación objetiva y razonable de la diferencia (SSTC 75/1983, de 3 de agosto, 150/1991, de 4 de julio, y 222/1992, de 11 de diciembre, entre otras muchas), y a pautas de general aplicación al legislador de los derechos fundamentales, como las que se derivan del principio de proporcionalidad y, más en extenso, de la necesaria adecuación entre las medidas adoptadas y los fines perseguidos (STC Pleno 190/2005, de 5 de agosto FJ 3). A mi juicio, este procedimiento para determinar las condiciones en que se produce la desigualdad resulta claramente insuficiente, no sólo por las razones procedimentales apuntadas en el párrafo anterior, sino también por los sujetos obligados a un comportamiento en igualdad, ya que en todos los pronunciamientos anteriores los únicos sujetos obligados son los poderes públicos.

Como indico, la igualdad, o la falta de igualdad, se produce en el ámbito de las relaciones sociales; es por ello que resulta necesario asistir al imprescindible resurgimiento de los derechos sociales, es decir, la atribución de derechos específicos, o matices en el disfrute de los derechos generales, para ciertos grupos humanos. Este proceso de especificación utiliza una idea de igualdad que se vincula con la diversidad, es decir, con el reconocimiento de derechos derivados de rasgos que identifican a un sujeto o a un colectivo⁵¹⁶. Por ello, este catálogo de derechos se enmarca en un concepto de igualdad, no en sentido formal de igualdad ante la Ley, sino de igualdad material, o igualdad en la Ley. Es la denominada igualdad como diferenciación, que nace en esta fase del desenvolvimiento de los derechos humanos, y que alude a la posibilidad de llevar a cabo un trato diferente de circunstancias y situaciones

⁵¹⁶ DE ASÍS ROIG, R. y CUENCA GÓMEZ, P. *“La igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad”* en VV.AA. *“2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España”*. Ob. Cit. Pág. 65.

también diferentes y que se consideran relevantes⁵¹⁷. Respecto de este extremo, el profesor RUIZ MIGUEL, partiendo de la definición aristotélica de justicia como “*igualdad para los iguales y la desigualdad para los desiguales*”, en un contexto en el que la igualdad no es necesariamente justa, ni la justicia necesariamente igualitaria, establece una relación entre igualdad y diferenciación con dos manifestaciones distintas: 1) “*diferenciación para la igualdad*”, que significa que el fin de una sociedad más igualitaria, considerada más justa, exige políticas que traten desigualmente a quienes son desiguales con objeto de aminorar las distancias con quienes no lo son; 2) la “*diferenciación como igualdad*”, que plantea un determinado y discutido modelo ideal de sociedad igualitaria en el que las relaciones sociales se caracterizan por una diversidad o diferenciación entre distintos grupos que no implica dominación, ni desigualdad injusta entre ellos⁵¹⁸. Respecto de la primera, es lo que justifica que el profesor concluya que la diferenciación para la igualdad reclama una integración entre la igualdad ante la ley, o formal, y la igualdad sustancial, interpretando de forma coherente el artículo 14 de la Constitución con el artículo 9.2 y el 1.1⁵¹⁹.

Ya ROUSSEAU indicaba en su “*Contrato Social*” que la idea que debía servir de base a todo el sistema social, resultaba sustituir con una igualdad moral y legítima lo que la naturaleza había podido poner de desigualdad física entre los hombres y que pudiendo ser desiguales en fuerza o talento, se convierten en iguales por convención y derecho⁵²⁰. Como apunta BALDASARRE, ese principio, en relación con los derechos sociales, ha servido de fundamento a diversos derechos, como, por ejemplo, el derecho de todos los ciudadanos y ciudadanas a la igualdad en el acceso a los cargos públicos, o el derecho de las mujeres a la igualdad salarial, pero, al mismo tiempo, desde un segundo punto de vista, a ser fundamento primero del criterio general de “*razonabilidad*” del ordenamiento, por cuanto el ordenamiento se impregna de una serie de valores⁵²¹. Es por ello, que la plasmación de la igualdad se

⁵¹⁷ DE ASÍS ROIG, R; AIELLO, A.L.; BARIFFI, F; CAMPOY, I; PALACIOS, A. “*Sobre la accesibilidad universal en el Derecho*”. Ob. Cit. Pág. 45.

⁵¹⁸ RUIZ MIGUEL, A. “*La igualdad como diferenciación*” en VV.AA “*Derecho de las minorías y de los grupos diferenciados*”. Escuela Libre Editorial. 1994. Pág. 286.

⁵¹⁹ Idem. Pág. 289.

⁵²⁰ ROUSSEAU, J.J. “*El contrato social o Principios de derecho político*”. Ob. Cit. Pág. 23.

⁵²¹ BALDASARRE, A. “*Los derechos sociales*”. Ob. Cit. Págs. 81-82.

convierte en un instrumento legitimador del sistema democrático; tendrá ese carácter aquel sistema que mantenga en un plano análogo de igualdad a sus ciudadanos y ciudadanas. La realidad sectorial esbozada en el Capítulo I de este trabajo demuestra que esto en la práctica no es así, y que, todavía, falta mucha tarea por hacer.

Ese anhelo de igualdad debe ser abordado de forma específica para las personas con discapacidad, en aplicación del artículo 49 de la Constitución Española; precepto que resulta plasmación de la constitución del Estado español como un Estado social de Derecho, según proclama el artículo 1.1 de nuestro texto constitucional. Respecto de la eficacia del principio de igualdad material recogido en el artículo 9.2 indicado, dado que el grupo humano del que hablo se encuentra en riesgo de exclusión social, mayor debe resultar el esfuerzo de los poderes públicos por restablecer ese balance mediante la igualdad, que respecto de otros grupos en quienes no se da esa circunstancia.

Este criterio resulta útil para interpretar instrumentos esenciales para la defensa de los derechos de las personas con discapacidad como los ajustes razonables, que aparecieron por primera vez en el ordenamiento jurídico español en la LIONDAU y ha quedado recogido en la Convención de las Naciones Unidas para la Defensa de los Derechos de las Personas con Discapacidad; institución esta que he analizado en el Capítulo I. Este último texto legal acoge junto a los *“ajustes razonables”* principios como la *“discriminación por motivos de discapacidad”* (artº 1), así como que las situaciones discriminatorias por razón de discapacidad, que afectan directamente a la dignidad de la persona, entroncan con el respeto de los derechos humanos (artº 4). En su artículo 2, el texto literalmente declara: *“Por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables. Por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con*

discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales". Esencial en el texto figura la declaración en función de la cual se enmarca en el concepto de discriminación por motivos de discapacidad la no realización de ajustes razonables, como instrumento para la eliminación de la discriminación (artº 5.3); generándose una situación discriminatoria, *"a sensu contrario"*.

A mi juicio, la entrada en vigor de la Convención hubiese debido traer consigo que se hubiese modificado la LIONDAU para acoger la nueva orientación reconocida de trabajar en la esfera de los derechos humanos; ésta casa difícilmente con la circunstancia de que quepan excepciones a la aplicación de los ajustes razonables, como lo demuestra la posibilidad de oponer a su implantación que la carga resulte desproporcionada, o resolver las discrepancias que surjan de la implantación de esta medida mediante la fórmula de la solución extrajudicial de resolución de controversias que proporciona la institución del arbitraje. Resulta ajeno a nuestra tradición jurídica que conflictos en los que se encuentren comprometidas situaciones discriminatorias (derechos fundamentales) se resuelvan mediante estas vías y no la de un proceso judicial especial sumario. Sin perjuicio de lo justificado o no de los prejuicios que pudiera hacer valer yo mismo de forma personal, se debe esperar a ver si este sistema se acredita como eficaz en cuanto mecanismo de protección⁵²². No obstante, a mi juicio, resulta una aporía, dado que el carácter absoluto de los derechos fundamentales no permite negociaciones, ni excepciones. Resulta contradictorio igualmente con la figura de la prueba de hechos relevantes que recoge el artículo 20.1 del mismo texto; si el propio legislador ha establecido que la falta de implantación de *"ajustes razonables"* genera una situación discriminatoria, su exigencia debería ser hecha efectiva en un proceso jurisdiccional, en el que se pudiera probar que las medidas

⁵²² Los tres últimos párrafos del artículo 7 de la LIONDAU tienen el literal siguiente: *"Para determinar si una carga es o no proporcionada se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda. A este fin, las Administraciones públicas competentes podrán establecer un régimen de ayudas públicas para contribuir a sufragar los costes derivados de la obligación de realizar ajustes razonables. Las discrepancias entre el solicitante del ajuste razonable y el sujeto obligado podrán ser resueltas a través del sistema de arbitraje previsto en el artículo 17, de esta Ley, sin perjuicio de la protección administrativa o judicial que en cada caso proceda"*.

adoptadas son objetivas y razonables, y su proporcionalidad, para lograr el resultado igualitario⁵²³. Esta contradicción en su regulación legal, así como la imprecisión en sus términos conceptuales se traduce en que una de las instituciones que mayor utilidad aportaría para cubrir el aspecto práctico de determinadas situaciones discriminatorias, resulte casi inviable en su implantación. Otra dificultad añadida proviene de la propia redacción del Texto Refundido; en el último párrafo del artículo 66 se produce un reenvío al artículo 74 de la Ley, en relación con la institución del arbitraje. El precepto tiene el literal siguiente: *“1. Previa audiencia de los sectores interesados y de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias, el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación, siempre que no existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y judicial que en cada caso proceda. 2. El sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito. 3. Los órganos de arbitraje estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias y de las administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias”*. La institución del arbitraje ya figuraba en el artículo 17 de la LIONDAU, cuyo desarrollo se había operado en virtud del Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre (BOE 13 diciembre 2006, núm. 297), en el que se desarrollaba el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad. Este Real Decreto, como consecuencia del efecto derogatorio de la entrada en vigor del Texto Refundido en aplicación de su disposición derogatoria única, ha producido un efecto

⁵²³ Artículo 20. Criterios especiales sobre la prueba de hechos relevantes 1. En aquellos procesos jurisdiccionales en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de discapacidad, corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la conducta y de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

regresivo en relación con la LIONDAU, sobre la regulación específica de la institución del arbitraje especial de las personas con discapacidad, ya que esta institución queda ahora a la espera de que se cumpla el mandato contenido en el artículo 74. Podría haberse incluido una Disposición Adicional, en cuya virtud se declarase en vigor el Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, como fue propuesto por el movimiento asociativo de personas con discapacidad en fase de enmiendas, lo que no fue finalmente aceptado. De esta forma, la aplicación de una de las instituciones más eficaces en la defensa de los derechos de las personas con discapacidad y la satisfacción del principio de igualdad de oportunidades, queda sin eficacia de forma temporal. Esta institución no ha tenido la misma consideración en la mente del legislador que el Consejo Nacional de la Discapacidad que, regulado por el Real Decreto 1855/2009, de 4 de diciembre (BOE 26 diciembre 2009, núm. 311), ha pasado a tener cobertura legal en el propio texto en su artículo 55.

El Tribunal Constitucional en Sentencia núm. 274/2005 de 7 noviembre (FJ 4), con cita del mismo fundamento jurídico 4 de la STC 190/2005–, destaca la existencia de estos colectivos en los que se da una permanente lesión de su igualdad, entre los que se encuentra el de las personas con discapacidad, dando relevancia a los artículos contenidos en el Capítulo III del Título I, para identificar los mismos; en este sentido, el Alto Tribunal declara: *“...la finalidad de la regulación cuestionada no es sólo la de reparar predominantemente un daño afectivo, pues a ésta «se añade otra que es la de prestar la protección derivada del derecho a recibir indemnización a una categoría de personas también típicamente necesitada de una mayor protección: la de los menores de edad (art. 39.3 y 4 CE). Debe destacarse, en este contexto, que varios de los preceptos del capítulo tercero del título primero de la Constitución –"principios rectores de la política social y económica"– tienen como función precisamente la de identificar grupos de personas necesitados de especial protección [menores y madres (art. 39 CE), minusválidos (art. 49 CE), ancianos (art. 50), etc.]. Desde la perspectiva del principio de igualdad (tanto en su vertiente de igualdad en la Ley, como en la de igualdad en la aplicación de la Ley del art. 14 CE), esas referencias constitucionales específicas a colectivos personales permiten (y, a veces, imponen) el establecimiento de tratos diferenciadores*

positivos o favorables que, aunque impliquen una desigualdad, no pueden considerarse contrarios al mencionado art. 14 CE»”.

Precisamente, con el fin de evitar estas desigualdades, es por lo que se impregna el principio de igualdad de un análisis de las circunstancias sociales y económicas de la realidad en que la norma va a ser aplicada. Es por ello, que los DESC devienen un elemento configurador del principio de igualdad, como he afirmado anteriormente. Sobre la base de la dignidad, conectada con el principio de igualdad material, es sobre la que la Constitución prohíbe tanto la discriminación directa como la indirecta o encubierta; incluida cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo; actuando esta prohibición en relación con el concepto de igualdad de oportunidades, en el que queda comprendido, asimismo, la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social. Del reconocimiento de estos derechos se extrae la idea de establecer determinadas medidas que traten de paliar las diferencias o desigualdades que motivan su atribución. En esta idea, reside la adopción de especiales medidas de discriminación positiva, entendiendo, como apunta el Tribunal Constitucional en relación con las políticas activas de empleo en beneficio de las personas con discapacidad o las cuotas de reserva de empleo, que no generan en sí desigualdades⁵²⁴, o la aplicación de sistemas disciplinarios administrativos en relación con las infracciones cometidas contra el colectivo de personas con discapacidad, a las que he hecho referencia en el Capítulo I.

Desde la STC 37/1981, el Tribunal Constitucional ha repetido que la igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles no puede ser entendida como rigurosa uniformidad en cualquier parte del territorio nacional (FJ 2); por ello, se debe entender que las circunstancias económicas y sociales que condicionan a las personas con discapacidad no son idénticas y, por ello,

⁵²⁴ Sentencia núm. 269/1994, de 3 octubre. Recurso de Amparo núm. 3170/1993. Sala Primera. Ponente: D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

debe reconocerse un tratamiento normativo, en parte diferenciado, que debe instrumentarse a través de la regulación normativa estatal o autonómica.

Es, precisamente, por cuanto que los bienes que protegen estos derechos tienen que ver con la supervivencia y con el disfrute de las condiciones materiales que posibilitan el ejercicio real de la libertad o de la autonomía, la reivindicación de derechos sociales interesa potencialmente a todas las personas⁵²⁵. Por el contrario, la persistente vulneración de los derechos sociales obedece, ante todo, a las desigualdades materiales de poder existentes en las sociedades actuales⁵²⁶. Paralelamente, por ello, la idea de la igualdad relacionada con el concepto griego de amistad, en su dimensión comunitaria, concepto desarrollado por los estoicos romanos, es la base de la comunidad y de la necesidad de igualdad derivada de ella⁵²⁷. Sobre la base de estas consideraciones, es la propia sociedad la interesada en que el valor de la igualdad resulte respetado en su seno.

No obstante, en la historia de la dogmática política, se ha mantenido una clara oposición de la libertad a la igualdad, sobre la base de concepciones de matiz liberal conservador que han privilegiado a la primera sobre la segunda. A mi modo de ver, ello es producto de una deficiente fundamentación de los derechos individuales. La razón última de la igualdad es una razón moral, y por eso su logro social se hace por medio de derechos que son esgrimidos como pretensiones morales con vocación de eficacia por aquéllos quienes no reúnen, en su vida personal, las condiciones que recoge el standard de la normatividad universal. Sólo el socialismo humanista de raíz ética piensa en la satisfacción de las necesidades básicas desde los derechos de crédito, frente a un correlativo obligado, que es principalmente el Estado⁵²⁸. Ya he indicado, no obstante, en este mismo capítulo que no pretendo acometer el análisis de la conceptualización de los DESC desde una perspectiva política, pero sí me interesa destacar que resulta preciso llevar a cabo un cambio en la teoría política para que la acogida de los DESC se lleve a cabo, independientemente de orientaciones políticas precisas. Ello es así porque, tal como recojo en este

⁵²⁵ PISARELLO, G. *“Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción”*. Ob. Cit. Pág. 11.

⁵²⁶ Idem. Pág. 16.

⁵²⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *“Derechos sociales y positivismo jurídico”*. Ob. Cit. Pág. 11.

⁵²⁸ Idem. Pág. 46.

apartado, el concepto de igualdad que afecta al tema objeto de estudio entronca con el principio de dignidad de la persona para crear el concepto de igualdad de oportunidades que, como manifestación de igualdad formal, respeta las diferencias de cada individuo. Se trata de lo que PISARELLO⁵²⁹ llama “*universalismo pluralista*” que reconociera que el primer derecho a generalizar es el igual derecho de todos a la propia diversidad, y un “*pluralismo universalizable*” que fuera capaz de rechazar las diferencias que conducen a la opresión y a la exclusión y, con ello, a la pérdida de diversidad. Para BOBBIO⁵³⁰, el reconocimiento de la que denomina “*igualdad de oportunidades*”, correspondería a la fase del reconocimiento de la libertad positiva, o libertad como poder, que se traduce en la igualdad social, llamada de otro modo igualdad de las ocasiones o de las oportunidades; conforme manifiesta el autor: “*exigir igualdad de las oportunidades significa cabalmente exigir que a todos los ciudadanos les sea atribuida no solamente la libertad negativa o política, sino también la positiva que se concreta en el reconocimiento de los derechos sociales*”. Como se contuvo en la Declaración de Madrid (Madrid, diciembre 2002) “*No discriminación más acción positiva es igual a integración social*”. Es decir, la ausencia de situaciones discriminatorias, más la adopción de las medidas de acción positiva que resulten precisas, es lo que garantiza la inclusión social. Tienen que darse conjuntamente ambos escenarios, para obtener el fin deseado.

Éste sería un nuevo factor de cohesión entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales; en la medida en que todos ellos contribuyen a garantizar la igualdad desde la diferencia que conlleva el respeto de las particularidades de cada ciudadano. Todas estas ideas se encuentran en la idea del profesor Peces-Barba de libertad promocional, que articula frente al concepto de libertad protectora⁵³¹. La igualdad resulta el factor de conexión de los principios recogidos en el Capítulo III de la Constitución Española, con el esquema de derechos fundamentales. Como afirma CARRO Y VALMAYOR: “*...las leyes que desarrollen los principios reconocidos en el capítulo III del título primero de la Constitución, a las que se refiere el artículo 53-3º de la misma,*

⁵²⁹ PISARELLO, G. “*Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*”. Ob. Cit. Pág. 52.

⁵³⁰ BOBBIO, N. “*El tiempo de los derechos*”. Ob. Cit. Págs. 46-47.

⁵³¹ PECES-BARBA, G. “*Curso de Derechos Fundamentales*”. Ob. Cit. Pág. 222.

estarán también vinculadas por el principio de igualdad constitucional reconocido en el artículo 14 en su versión formal o no discriminatoria y por el acogido en el artículo 9-2º en su versión material o substancial”⁵³². La igualdad y el mandato correlativo de supresión de las discriminaciones forman parte de estos derechos fundamentales⁵³³.

Partiendo de este valor, FERRAJOLI redefine los derechos fundamentales, en el sentido de atribuirlos, en contraposición a todas las demás situaciones jurídicas, con la necesidad de preservar su garantía para satisfacer el valor de las personas y realizar su igualdad⁵³⁴. Dentro de la indicada definición quedarían comprendidos inexcusablemente, los derechos de libertad y los DESC.

3.2.4. La solidaridad social

Como expone DEL RÍO, una de las facetas más relevantes de los procesos de modernización de las sociedades europeas en los últimos siglos es la transformación del concepto de solidaridad⁵³⁵. Esta evolución no ha finalizado, apareciendo todavía nuevas manifestaciones de este principio. Como muestra de la dificultad implícita en ese proceso, se añade una adicional; para PÉREZ LUÑO, el concepto solidaridad no es unívoco, pues responde a una pluralidad de tradiciones históricas que ha generado diversidad de acepciones⁵³⁶. Dentro de estas acepciones figura la que distingue entre virtud o valor superior del ordenamiento jurídico. Para llegar a ella ha hecho falta una evolución; la solidaridad se transformó de una virtud individual a una virtud pública, que caracteriza la acción del Estado. A ello responde lo que PECES-BARBA denomina “*solidaridad de los antiguos*” y “*solidaridad de los modernos*”. Manifestaciones de la primera son la amistad o amor que alcanza a todo el género humano, un objetivo de comunidad o de unidad, un uso común de

⁵³² CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR J.L. “*Contenido y alcance de la competencia del Estado definida en el artículo 149.1.1 de la Constitución*”. Revista Española de Derecho Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales. Enero-abril 1981. Pág. 141.

⁵³³ Así lo ha reconocido el TJUE en su sentencia de 15 de junio de 1978, (asunto 149/77) Gabrielle Defrenne contra Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, apartado 27.

⁵³⁴ FERRAJOLI, L. “*Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*”. Ob. Cit. Pág. 908.

⁵³⁵ DEL RÍO GABARAÍN, E. “*Solidaridad, estado, acción social*”. Cuadernos de Trabajo Social, 01/2014, N° de Volumen 27, Núm. de revista 1. Versión online. Pág. 17.

⁵³⁶ PÉREZ LUÑO, A. “*Reflexiones sobre los valores de igualdad y solidaridad, a propósito de una Convención Internacional para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad*”. En CAMPOY CERVERA, I. (Director) “*Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*”. Ob. Cit. Pág. 42.

bienes, la ayuda mutua⁵³⁷. Se trataría de un concepto de solidaridad vinculado a una situación afectiva, como un sentimiento individual. Vinculado con estos principios, en la obra de Tomas Moro, *“Utopía”*, se propugna una acción positiva de los poderes públicos y se descalifica la acción represora, si no va acompañada de la promocional para ayudar a los pobres y desempleados⁵³⁸. Aquí se encuentra el origen de los servicios sociales. PECES-BARBA extrae como rasgos identificadores de la solidaridad en los utópicos del Renacimiento: a) la fraternidad que deriva de una vida igual en comunidad, la ayuda mutua, la atenuación de las diferencias, el ideal del rechazo de la clasificación de las personas; b) la crítica de la propiedad privada y de los ricos y la defensa de los pobres; c) la transición desde la cultura religiosa a la laica como origen de la solidaridad; d) la acción positiva del Derecho basada en la solidaridad para resolver los problemas de miseria⁵³⁹.

El lema de la Revolución Francesa era *“Libertad, Igualdad y Fraternidad”*. La fraternidad es una de las interpretaciones de la solidaridad social, como voy a desarrollar en este apartado. Como apunta PECES-BARBA, la idea que está presente en toda reflexión sobre la solidaridad y la fraternidad es su estrecha vinculación con la libertad, con la idea de la igual libertad de todos los hombres⁵⁴⁰. No obstante, como pone de manifiesto KANT en su *“Fundamentación”*, lo que le interesa a él (y a nosotros), no es la caridad como tal, sino cuando se hacen tales acciones como deber; en este elemento reside para KANT su contenido moral⁵⁴¹. A partir de esta idea se empieza a formar el concepto moderno de solidaridad, que es el que voy a analizar a continuación.

Salvado el interés que aporta la génesis del principio en ese momento histórico de alguna de las instituciones modernas, resulta de mayor interés el concepto de *“solidaridad de los modernos”*. La cristalización de la solidaridad de los modernos se produce a partir del Siglo XIX, y se verá favorecida por el proceso de generalización de los derechos humanos, que facilita la

⁵³⁷ PECES-BARBA, G. *“Curso de Derechos Fundamentales”*. Ob. Cit. Pág. 264.

⁵³⁸ Idem. Pág. 265.

⁵³⁹ Idem. Pág. 266.

⁵⁴⁰ PECES-BARBA, G. *“Humanitarismo y solidaridad social como valores de una sociedad avanzada”*. Ob. Cit. Pág. 25.

⁵⁴¹ Ver en este sentido KANT, I. *“Fundamentación para una Metafísica de las Costumbres”*. Ob. Cit. Págs. 70-71.

incorporación de la clase trabajadora a las instituciones políticas del Estado⁵⁴². Un elemento añadido del surgimiento de esta nueva clase titular de derechos será que la misma exige la intervención de los poderes públicos; idea que se encuentra en la obra de Louis Blanc, quien, adelantándose a Marx, expresa como rasgos centrales de la solidaridad de los modernos, los siguientes: el rechazo del egoísmo aislacionista, el rechazo de la lucha por la existencia y la competitividad a ultranza, el trabajo común, la acción positiva del Estado para impulsar esa asociación o solidaridad⁵⁴³. Se reconoce una triple dimensión de la solidaridad: 1) desde un punto de vista político, es el auténtico fundamento material de la Constitución del Estado social; 2) desde una perspectiva jurídica, reviste la naturaleza de un deber general del que emanan obligaciones concretas de hacer y de no hacer, y cuyo incumplimiento acarrea la correspondiente sanción; 3) desde lo económico, es una función o competencia del Estado Social, su finalidad esencial⁵⁴⁴. En cuanto a la primera, el Estado social se caracteriza por la solidaridad con la persona necesitada; con aquel miembro de la colectividad que se encuentra en situación de necesidad. En su seno la actividad se desarrolla por los poderes públicos, coordinando ésta con los entes privados a los que los poderes públicos delegan esta función; no obstante, perdura la obligación de su promoción pública, debiendo destinar fondos públicos para su realización. A esta obligación no le puede ser atribuido un carácter facultativo, sino que presupone un deber jurídico. Este deber, en una época de constricción de los ingresos públicos, obliga a una adecuada gestión de los recursos por parte del poder político.

Para PECES-BARBA el modelo posible de realización actual del valor solidaridad es el Estado social, en esa combinación entre los poderes públicos y las instituciones de la sociedad civil para la satisfacción de las necesidades básicas; éstas aparecen en ocasiones configuradas como derechos fundamentales⁵⁴⁵. Aquí reside una de las virtudes principales de este modelo de organización política; la participación de la sociedad civil permite el

⁵⁴² PECES-BARBA, G. *“Curso de Derechos Fundamentales”*. Ob. Cit. Pág. 271.

⁵⁴³ Idem. Págs. 274-275.

⁵⁴⁴ TAJADURA TEJADA, J. *“El principio de solidaridad como fundamento común de los estados sociales europeos”* en TEROL BECERRA, M y JIMENA QUESADA, L. (directores) *“Tratado sobre protección de derechos sociales”*. Ob. Cit. Pág. 94.

⁵⁴⁵ PECES-BARBA, G. *“Humanitarismo y solidaridad social como valores de una sociedad avanzada”*. Ob. Cit. Pág. 52.

desarrollo de una estructura privada eficiente en la gestión de los recursos que alivia un exceso de burocratización pública, a la vez que desarrolla un nuevo instrumento de control político, como herramienta de participación ciudadana que permite transmitir a los poderes públicos sus preocupaciones, inquietudes y necesidades. Este Estado solidario resulta, al mismo tiempo y por este motivo, un Estado más democrático, así como más cohesionado, donde las desigualdades sociales, fruto del principio de solidaridad y de la intervención de las entidades que gestionan las funciones públicas delegadas, se atenúan.

Desde este punto de vista, cabría preguntarse si esta obligación de solidaridad se articula como una obligación exclusivamente de alcance público, u obliga igualmente a los entes privados. A mi juicio, el sentido jurídico del principio de solidaridad, en cuanto deber, guarda relación con el sentido real de la solidaridad exclusivamente en el ámbito de las relaciones privadas. El principio de solidaridad se manifiesta, por ejemplo, en la imposición legal de un sistema tributario que impone de manera progresiva contribuciones privadas por la vía de los impuestos, con el fin contribuir al sostenimiento del gasto público; parte de cuyas partidas irían a satisfacer las necesidades de asistencia social. Paralelamente, asistimos a la inclusión de Códigos éticos por medio de los cuales entes privados mercantiles se autoimponen de forma altruista obligaciones de solidaridad. Resulta el principio de solidaridad la fundamentación de la aplicación de los deberes positivos que los poderes públicos imponen a terceros, ya sea personas de naturaleza pública o privada. Por último, la razón de ser de un Estado social son las acciones solidarias que crean vínculos de ciudadanía entre sus miembros. Éstas se desarrollan a través de los DESC; que se encuentran, por lo tanto, vinculados a la esencia del Estado social.

Un elemento destacado en esta acepción de solidaridad es la consideración del individuo como ser que vive en una sociedad organizada jurídicamente, camino para alcanzar la autonomía o libertad moral⁵⁴⁶. Es, a través de la solidaridad, como el Derecho extrae su fuerza integradora⁵⁴⁷. En este contexto, la dimensión jurídica de la solidaridad supone un compromiso de los poderes públicos por hacer efectiva la igualdad material, a la que he hecho

⁵⁴⁶ PECES-BARBA, G. “Curso de Derechos Fundamentales”. Ob. Cit. Pág. 276.

⁵⁴⁷ En un contexto en el que los ciudadanos hacen pública su libertad comunicativa, tal como se refleja en HABERMAS, J. “Between Facts and Norms”. Ob. Cit. Pág.40.

referencia en el apartado anterior; es decir, en esta acepción jurídica la solidaridad opera como el sustrato de derechos y deberes entre todos los miembros de la colectividad que dimanen de la igualdad en su dimensión material o sustancial⁵⁴⁸. Como manifiesta Peces-Barba, este concepto se resumiría en el reconocimiento del otro como sujeto moral⁵⁴⁹. Mediante esta perspectiva, se sitúa el papel de los derechos humanos en el contexto social, conllevando no sólo la necesidad de tener en cuenta el papel de la igualdad, sino también la posibilidad de asumir situaciones en las que sea preciso hablar de responsabilidad colectiva, incidiendo por tanto en el discurso la idea de solidaridad⁵⁵⁰. Se pasa del valor moral “*solidaridad*” a un concepto jurídico de los DESC, que sitúa el problema del reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad en el contexto de la sociedad política, de un Estado y de su Derecho. Sin perjuicio de la influencia ética y religiosa en la formación de este proceso, este punto de vista resulta decisivo, porque configura el contenido de las acciones positivas basadas en la idea de solidaridad y es el objetivo perseguido por la acción de los poderes públicos y por los fines de las organizaciones sociales que se dedican a este tipo de prestaciones⁵⁵¹.

Desde este punto de vista, la solidaridad, como valor relacional, es la forma que hace más humana y que justifica la igualdad material y la libertad promocional⁵⁵². Todo ello en el marco de una forma de Estado social de derecho, en cuyo seno se conjuga un apoyo especial y eficaz brindado a las personas afectadas por determinadas circunstancias sociales que pueden generar una situación de exclusión por ese mismo entorno social.

Sólo mediante la aplicación de este principio se conjugan correctamente los otros principios de libertad e igualdad, como instrumentos de desarrollo de la dignidad humana. En las sociedades contemporáneas, pues, las prestaciones sociales del Estado resultan el fruto de este concepto normativo de la solidaridad. En el valor solidaridad se encuentra el fundamento de los derechos sociales, o en el valor seguridad jurídica conjuntamente con la

⁵⁴⁸ PÉREZ LUÑO, A. E. “*Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*”. Ob. Cit. Pág. 539.

⁵⁴⁹ PECES-BARBA, G. “*Curso de Derechos Fundamentales*”. Ob. Cit. Pág. 233.

⁵⁵⁰ DE LUCAS, J. “*El concepto de solidaridad*”. Ed. Fontamara. México, 1998. Pág. 29.

⁵⁵¹ PECES-BARBA, G. “*Humanitarismo y solidaridad social como valores de una sociedad avanzada*”. Ob. Cit. Pág. 36.

⁵⁵² PECES-BARBA, G. “*Curso de Derechos Fundamentales*”. Ob. Cit. Pág. 279.

solidaridad⁵⁵³. Esta fundamentación unitaria, que nos traslada de la libertad e igualdad en sus términos abstracto formales a sus términos histórico-concretos, permite asimismo salvar la teorías críticas de los derechos sociales en autores como el liberal progresista Dworkin (tomarse los derechos en serio supone preservarlos en todo caso frente a cualquier objetivo colectivo de la mayoría) o Nozick y su teoría del Estado mínimo, a quienes dedico un estudio más extenso más adelante en el siguiente capítulo. Los derechos sociales engarzados en valores como la dignidad, libertad e igualdad, solidaridad, en la medida en que se enmarcan en el valor supremo de la dignidad humana, facilitan la comprensión, como indicaré más adelante, de una única categoría de derechos fundamentales.

Para PECES-BARBA, la concreción de la solidaridad ha producido una especificación de problemas que no pueden tener un tratamiento genérico y general, y la repercusión de esa situación en la teoría de los derechos humanos ha conducido a contemplar los derechos tradicionales que son de todos los ciudadanos, civiles, políticos y económicos, por una identificación de sujetos concretos merecedores de una protección especial⁵⁵⁴. Apunta el profesor que, en unos casos, esta protección especial se debe a una inferioridad cultural y social histórica, como es el caso de la mujer, que desaparecerá, como tal protección especial, cuando se superen las causas que la motivaron; en otros casos estamos ante una protección especial permanente, que reside en un supuesto de inferioridad física como la discapacidad. Entiendo que, por ello, puedo decir que este valor fundamenta el apoyo que se brinda a todas las personas con discapacidad con el fin de facilitar su participación en la sociedad.

Al respecto, también como manifestación del valor solidaridad surge la idea de una ética comunicativa entre generaciones; este concepto, que utiliza la profesora RODRÍGUEZ PALOP⁵⁵⁵ en relación con el estudio de los derechos de cuarta generación, resulta igualmente extrapolable al análisis de los derechos sociales. Conforme al mismo, existiría un deber social de implantar

⁵⁵³ AÑÓN ROIG, M.J. y GARCÍA AÑÓN, J. (directores). *“Lecciones de derechos sociales”*. Ob. Cit. Pág. 43.

⁵⁵⁴ PECES-BARBA, G. *“Humanitarismo y solidaridad social como valores de una sociedad avanzada”*. Ob. Cit. Pág. 54.

⁵⁵⁵ RODRÍGUEZ PALOP, M^a. *“La nueva generación de Derechos Humanos. Origen y justificación”*. Ob. Cit. Pág. 448.

un esquema ordenativo, según el cual en el momento actual se fijen las bases con el fin de contar con un colectivo de personas con discapacidad que, en generaciones posteriores, ya desde el momento de su nacimiento puedan vivir en una libertad plena. La libertad, en sí misma, es solidaria, y la solidaridad, en sí misma, es libre⁵⁵⁶. Un aporte destacado que surge del valor de la solidaridad es que el hombre se convierte en un ser social que sólo puede desarrollarse en el contexto de una organización política, por lo que se trata de establecer los requisitos que conviertan la organización política en un instrumento al servicio del desarrollo individual; es un sujeto capaz de adoptar decisiones altruistas⁵⁵⁷.

Paralelamente a la acepción apuntada, se encuentra el carácter normativo de la solidaridad. Para mantener esta afirmación, sólo se debería hacer uso de las herramientas legales que nos brinda el texto constitucional; en caso contrario, si permitimos que los derechos del grupo de personas con discapacidad puedan matizarse o modularse en función de disponibilidades presupuestarias o diferencias regionales, convertiremos los valores contenidos en el artículo 49 de la Constitución Española y los restantes preceptos del Capítulo III del Título I en términos huecos y sin sentido. Como contrapartida, disponemos de los DESC como plasmación del deber de solidaridad para afrontar una apuesta decidida por la cohesión y la integración de todos los grupos que han sido tradicionalmente excluidos socialmente. Los DESC se convierten por esta vía en un instrumento catalizador de virtudes democráticas.

Como síntesis de los valores apuntados, los derechos sociales son solidarios porque implican una especial y estrecha vinculación de la conciencia individual con la colectiva, por la que cada uno se compromete en el bienestar de los demás, en procurar que todos tengan un mínimo vital⁵⁵⁸. Desempeñan un papel decisivo en la preservación de la cohesión social⁵⁵⁹. Siendo esto así, ¿qué puede haber más fundamental para una comunidad que la garantía de una justa distribución de las cuotas de libertad e igualdad que las normas reconocen?

⁵⁵⁶ RODRÍGUEZ-ARANA, J. *“Interés general, Derecho Administrativo y Estado del Bienestar”*. Ob. Cit. 166.

⁵⁵⁷ BARRANCO, M.C. *“Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos”*. Ob. Cit. Pág. 60.

⁵⁵⁸ MARTÍNEZ DE PISÓN, J. *“Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales”*. Ob. Cit. Pág. 106.

⁵⁵⁹ Idem. Pág. 107.

4. El desarrollo de los derechos sociales

Centrado ya en el apartado anterior el concepto y fundamento de los derechos sociales, debo acometer en este momento el análisis de la plasmación de esta categoría de derechos en el ordenamiento jurídico nacional e internacional, desde un punto de vista material, y adjetivo o procesal. La falta de un grado de implantación análogo en ambos responde, a mi juicio, a las razones de naturaleza estructural que he apuntado en el apartado anterior. No obstante, una vez que se produzca la plena recepción de los instrumentos jurídicos internacionales en el ordenamiento jurídico interno, confío en que esa diferencia se acorte. Esta cuestión resulta un camino lleno de dificultades; si me centro en la fundamentación de estos derechos, parece que su desarrollo, no obstante, hubiese debido resultar pacífico. La realidad que voy a desarrollar a continuación, no deja lugar a dudas; refleja problemas estructurales, tanto en el desarrollo normativo, como en el procesal.

4.1. Desarrollo constitucional pleno interno (desarrollo legislativo del derecho desde el punto de vista material y procesal)

La plena incorporación de los derechos del grupo humano que es objeto de estudio, las personas con discapacidad, debe potenciarse si se pretende avanzar en la profundización en el sistema político español en la senda de la democracia participativa; es decir, abrirse a la plena intervención de éste, u otros, grupos con especiales necesidades. A título de ejemplo, en relación con la perspectiva adjetiva de la recepción de los derechos, la obligación del Estado se extiende no sólo al desarrollo material del derecho, sino a facilitar mediante las normas procesales pertinentes la creación del tipo de acciones adecuadas y proporcionadas al tipo de derecho cuya defensa se esgrime. La acción en este momento resulta incompleta; es por ello, que se asiste a un avance en determinados aspectos como, por ejemplo, una cada vez más perfeccionada institucionalización de las acciones colectivas como un instrumento adecuado para la defensa de estos derechos, no obstante las reticencias jurisprudenciales a admitir esta figura. De permanecer inalterado el esquema procesal tradicional, nos encontraríamos con que la exigencia a cada uno de los afectados del ejercicio de una acción de forma individual dejaría irremisiblemente lesionada su dignidad. El ejercicio de acciones colectivas tiene

su origen en las denominadas *class actions* anglosajonas, como ha quedado dicho anteriormente. Su reconocimiento, en relación con las reclamaciones que tienen su fundamento en el derecho de los consumidores o la lesión de los derechos de las personas con discapacidad, tienen un alcance diferente. Parece como si esta institución, recogida en el respectivo sistema normativo, respondiera a diferentes fundamentos, lo que se traduce en un grado distinto de acogida. Sin duda, el afianzamiento de esta institución contribuirá a mejorar la efectividad del reconocimiento de los derechos de estos colectivos, a la vez que se instituye como un eficaz instrumento de profundización democrática, en la medida en que se erigen como una barrera contra el uso arbitrario del Derecho por los poderes públicos. Siempre que una demanda se formula sobre la base de la lesión a la dignidad de una persona el interés en la reclamación trasciende la mera eficacia individual de aquélla, dado que afecta al interés colectivo del grupo; ya se llamen consumidores frente a las empresas y poderes económicos establecidos con poder para institucionalizar medidas, a veces con la connivencia de los poderes políticos, que introducen claros elementos distorsionadores del mercado; otras, se llame persona con discapacidad, en su lucha permanente para que se garantice el libre desarrollo de su personalidad, aspecto básico del respeto a su dignidad como persona.

Todo derecho, tanto los clasificados como civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, implica distintos niveles de obligaciones: una obligación de respetar el derecho, una obligación de proteger y una obligación de satisfacer el derecho en cuestión⁵⁶⁰; a la que debería añadir otra: la de promoción del ejercicio de ese derecho. El Tribunal Constitucional, en Sentencia núm. 95/2000 de 10 abril, resolviendo recurso de amparo, ha dado un valor a la intervención judicial en defensa de los derechos contenidos en el Capítulo III del Título I, conforme a la siguiente declaración en la que se analiza el derecho a la salud desarrollado en el artículo 43 de la CE por una ciudadana de nacionalidad extranjera: *“La razonabilidad de las decisiones judiciales es también una exigencia de adecuación al logro de los valores, bienes y derechos constitucionales (SSTC 82/1990, de 4 de mayo, F. 2 y 126/1994, de 25 de abril, F. 5) y, desde esa perspectiva, debe recordarse que los principios*

⁵⁶⁰ ABRAMOVICH, V y COURTIS, C. *“Los derechos sociales como derechos exigibles”*. Ed Trotta. 2002. Pág. 133.

rectores de la política social y económica, entre los que se encuentra el precepto citado, no son meras normas sin contenido (STC 19/1982, de 5 de mayo , F. 6) sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el art. 53.3 CE. De ese modo, una decisión que no sólo se adopta sobre una conclusión que contradice los hechos sino que, además, desconoce la orientación que debió tener la aplicación de la legalidad, acentúa la falta de justificación y de razonabilidad de la resolución impugnada, como ya mantuvimos en nuestra STC 126/1994, de 25 de abril”. (FJ 5º). Sobre la base de esta declaración, los miembros del poder judicial desempeñan un papel esencial en la aplicabilidad de estos derechos; estos mismos razonamientos pueden ser extrapolados al conjunto de derechos que analizo en el presente trabajo.

4.1. 1. Material

Tomo como ejemplo dos de los preceptos habitualmente clasificados en la categoría de los DESC; en primer lugar, el artículo 49 sobre las personas con discapacidad, que se enuncia en los términos literales siguientes: *“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieren y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”*. Puede parecer de la lectura literal del artículo 49 de la Constitución Española que no es intención del legislador brindar el rango de protección fundamental al colectivo de personas con discapacidad; en realidad, a mi juicio, las distintas potencias que encierran ambos preceptos no se agotan, como claramente se deduce de este último artículo, en el propio literal de los preceptos. Por ejemplo, el apartado 22 de la Introducción a las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, define prevención como: *“...la adopción de medidas encaminadas a impedir que se produzca un deterioro físico, intelectual, psiquiátrico o sensorial (prevención primaria) o a impedir que ese deterioro cause una discapacidad o limitación funcional permanente (prevención secundaria). La prevención puede incluir muchos tipos de acción diferentes, como atención*

primaria de la salud, puericultura prenatal y posnatal, educación en materia de nutrición, campañas de vacunación contra enfermedades transmisibles, medidas de lucha contra las enfermedades endémicas, normas y programas de seguridad para la prevención de accidentes en diferentes entornos, incluidas la adaptación de los lugares de trabajo para evitar discapacidades y enfermedades profesionales, y prevención de la discapacidad resultante de la contaminación del medio ambiente u ocasionada por los conflictos armados”, y el 23 define la rehabilitación como: “un proceso encaminado a lograr que las personas con discapacidad estén en condiciones de alcanzar y mantener un estado funcional óptimo desde el punto de vista físico, sensorial, intelectual, psíquico o social, de manera que cuenten con medios para modificar su propia vida y ser más independientes. La rehabilitación puede abarcar medidas para proporcionar o restablecer funciones o para compensar la pérdida o la falta de una función o una limitación funcional. El proceso de rehabilitación no supone la prestación de atención médica preliminar. Abarca una amplia variedad de medidas y actividades, desde la rehabilitación más básica y general hasta las actividades de orientación específica, como por ejemplo la rehabilitación profesional”⁵⁶¹. Como se puede ver, pues, la interpretación del precepto constitucional no puede ser considerada una mínima toma de posiciones por parte de los poderes públicos, sino que, a la luz de las normas internacionales, esos mandatos deben quedar plasmados en acciones específicas de las que se extraigan derechos exigibles por los ciudadanos afectados; lo que nos mete de lleno en los DESC como instrumentos mediante los que se concretan estas acciones, tanto desde el punto de vista del sujeto obligado, como del beneficiario o beneficiaria del mismo.

ALEXY, al elaborar su teoría de los derechos fundamentales, concibe estos derechos como un todo, entendiendo por ellos como “*un haz de posiciones de derecho fundamental*”⁵⁶²; que comparten en su teoría de derechos fundamentales la característica que este autor atribuye a los derechos fundamentales de, en cuanto principios⁵⁶³, ser “*mandatos de optimización*” y, por tanto, susceptibles de ser ponderados en su aplicación

⁵⁶¹ Versión online, disponible en <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=498>. Pág. 8-9.

⁵⁶² ALEXY, R. “*Teoría de los derechos fundamentales*”. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2ª ed. Madrid. 2008. Pág. 214.

⁵⁶³ Idem. Págs 111-115.

práctica, como he indicado anteriormente. De los términos con los que el legislador constitucional ha redactado la protección del ámbito que estoy estudiando, no se puede deducir que aquél haya atribuido una mera declaración programática dirigida a los poderes públicos. En relación con el colectivo de personas con discapacidad, en la medida en que esos mandatos han respondido de forma tradicional al modelo sanitario de la discapacidad, ya absolutamente abandonado por el más moderno instrumento de integración y, desde la entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas, por el de inclusión social, entiendo que ha quedado reforzado el mandato que el propio legislador formula de: *“...ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”*. Quedan comprendidos, pues, sin exclusión, en virtud de su interpretación literal, todos los derechos, incluyendo todos los contenidos en el Capítulo III del Título I del texto constitucional, con una especial incidencia en relación con este colectivo, por su consideración, a los ojos del legislador constitucional, de colectivo merecedor de una especial protección. Por ello, entiendo que el texto lleva implícito el convencimiento del legislador constitucional sobre la idea de que la vida en democracia no puede basarse exclusivamente en derechos de participación política, sino con la firme convicción de que el individuo, como manifestación de su dignidad, ha de ser libre, y sólo puede alcanzar ese grado de libertad en la medida en que le sean garantizadas determinadas condiciones sociales. Ya se manifieste esa libertad en el ámbito del disfrute de sus derechos, pese a la existencia de elementos *“diferenciadores”* provenientes de determinadas condiciones físicas, o de la inferioridad en que se encuentra este colectivo como consumidor frente a los onnipotentes agentes económicos; todas ellas son manifestaciones de las circunstancias de exclusión que sufre este grupo. Como refiere la STC núm. 22/1984 (Sala Segunda), de 17 febrero (F.J. 3º): *“Existen, ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución”*. Sin lugar a dudas, uno de estos fines sociales ha de ser lograr la cohesión social mediante la inclusión de todos los ciudadanos y ciudadanas en su seno.

En los derechos enunciados en este estudio concurren estos elementos, ya que las personas con discapacidad resultan un grupo humano que, de acuerdo con el legislador constituyente, ha de ser objeto de una especial protección, para el que se arbitre un sistema de obligaciones jurídicas que garantice la igualdad material y libertad de los ciudadanos y ciudadanas amparados en los mismos. La persona con discapacidad se inserta en la sociedad, primeramente como persona y, en segundo lugar, como ciudadano o ciudadana; y como tal resulta titular de una serie de derechos fundamentales que derivan de la Constitución y que les deben ser garantizados –y adaptados– y como un colectivo definido especialmente, que se encuentra sujeto a un tratamiento y protección especial, diferente del resto de los ciudadanos⁵⁶⁴. Son titulares de los derechos fundamentales reconocidos a todas las personas y, asimismo, como pone manifiesto MONEREO PÉREZ en su interpretación del artículo 49 de la CE: *“La tradicional vertiente monetaria o de política pasiva (garantía de ingresos mínimos, ayudas asistenciales), sin relegarse o desconocerse, quedaba notablemente superada por la vertiente activa o de inclusión social (cláusula de igualdad de oportunidades)”*, añadiendo a continuación: *“...el artículo 49 CE establece no sólo un principio de igualdad de derechos y una prohibición de discriminación, sino un principio de igualdad de oportunidades (igualdad efectiva). En realidad, concreta un derecho a la participación efectiva en todos los órdenes de la vida como si fuesen ciudadanos <en situación de normalidad>, corrigiendo normativamente sus deficiencias biológicas (situaciones fácticas). Este autor, finalmente, sobre la base de los argumentos expresados, califica el artículo 49 de: “...un auténtico derecho social fundamental, dotado de algunas efectivas garantías jurídicas, aunque no goce de la protección reforzada ex art. 53.1 CE, al menos en todos sus contenidos – sí por ejemplo en su intersección con el artículo 14 CE-”*⁵⁶⁵.

El Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 269/1994 de 3 octubre (Sala Primera) (F.J 4º), ha declarado, en relación con la cuota de reserva de empleo en beneficio de las personas con discapacidad: *“La discriminación, tal como es prohibida por el art. 14 de la Constitución, impide la adopción de*

⁵⁶⁴ DE ASÍS ROIG, R; AIELLO, A.L.; BARIFFI, F; CAMPOY, I; PALACIOS, A. *“Sobre la accesibilidad universal en el Derecho”*. Ob. Cit. Pág. 26.

⁵⁶⁵ MONEREO PÉREZ, J.L. *“Comentario a la Constitución Socio-económica de España”*. Ed. Comares. 2002. Pág. 1757.

tratamientos globalmente entorpecedores de la igualdad de trato o de oportunidades de ciertos grupos de sujetos, teniendo dicho tratamiento su origen en la concurrencia en aquéllos de una serie de factores diferenciadores que expresamente el legislador considera prohibidos, por vulnerar la dignidad humana. No siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciado en el art. 14 CE es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación. Precisamente porque puede tratarse de un factor de discriminación con sensibles repercusiones para el empleo de los colectivos afectados, tanto el legislador como la normativa internacional (Convenio 159 de la OIT) han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas. De ahí la estrecha conexión de estas medidas, genéricamente, con el mandato contenido en el art. 9.2 CE, y, específicamente, con su plasmación en el art. 49 CE. Lógicamente, la legitimidad constitucional de medidas de esta naturaleza equiparadora de situaciones sociales de desventaja, sólo puede ser valorada en el mismo sentido global, acorde con las dimensiones del fenómeno que trata de paliarse, en que se han adoptado, adecuándose a su sentido y finalidad. Por ello no resulta admisible un argumento que tiende a ignorar la dimensión social del problema y de sus remedios, tachando a éstos de ilegítimos por su impacto desfavorable, sobre sujetos individualizados en los que no concurren los factores de discriminación cuyas consecuencias se ha tratado de evitar”.

Recientemente, le ha sido dado un sesgo distinto a la regulación de los derechos de las personas con discapacidad, al incluir en el artículo 57 del TRDPCDYS, la garantía por los poderes públicos de: “*la prevención, los cuidados médicos y psicológicos, los apoyos adecuados, la educación, la orientación, la inclusión social y laboral, el acceso a la cultura y al ocio, la garantía de unos derechos económicos, sociales y de protección jurídica mínimos y la Seguridad Social*”. Son varias cuestiones las que plantea esta regulación: por un lado, la deficiente sistematización, dado que se enuncia bajo el título de “*prestación de servicios*”; si de lo que se trata es de derechos humanos o derechos fundamentales, resulta evidente que los mismos no se

pueden catalogar de esta manera. Parece como si el legislador enunciara un derecho subjetivo, pero a continuación lo incluyera bajo un concepto que le permita excepcionar razones de interés público como disponibilidades presupuestarias, y un largo etcétera, para evitar su cumplimiento. En segundo lugar, se enuncia un derecho a DESC y protección jurídica en grado mínimo; este precepto, debe ser interpretado de forma sistemática, a la luz de otros contenidos en el texto, que los vincula como principios como la dignidad, igualdad de oportunidades, etc. No puede ser entendido en cuanto derecho a un conjunto limitado de prestaciones, sino de obligaciones de desenvolvimiento de la acción necesaria para la satisfacción del derecho mismo.

4.1.2. Formal

El artículo 49 se encuentra ubicado en el Capítulo III del Título I de la Constitución «De los derechos y libertades de la Constitución». El indicado precepto que brinda protección privilegiada a las personas con discapacidad, por lo tanto, no se encontraría, en principio, integrado desde un punto de vista formal entre los derechos y libertades fundamentales de la Sección 1ª del Capítulo II, ni ante derechos de los ciudadanos y ciudadanas de la Sección 2ª de ese mismo Capítulo, aunque sí entre los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III.

De acuerdo con la doctrina mayoritaria, no nos encontramos, pues, ante derechos y libertades fundamentales, pero sí ante normas programáticas, ante mandatos al legislador permanentes, esto es, carentes de fecha de vencimiento. No obstante, parece tomar fuerza en la actualidad la posición doctrinal según la cual, sobre la base de la aplicación del art. 53.3 CE, se considera que se le ha otorgado a este precepto una fuerza extraordinaria y un gran calado jurídico al quedar afectado tanto el poder legislativo como el judicial, y la actuación de las Administraciones Públicas, al mismo tiempo que una gran carga vinculante. Como afirma el profesor ESCOBAR ROCA, en el procedimiento de promulgación del texto, el Informe de la Ponencia de la Comisión Constitucional del Congreso (1978) suprimió la primitiva redacción del anteproyecto, mucho más claramente restrictiva (*“Sin embargo, no podrán ser alegados, directamente, como derechos subjetivos, ante los tribunales”*); en este Informe (donde se encuentra una redacción del precepto muy similar a la

hoy vigente) se puede leer que la modificación del anteproyecto se hace “sobre la base” de la enmienda de UCD, y “aceptando el espíritu” de las presentadas por los Grupos socialista y vasco; ambos querían suprimir la frase, el segundo porque “al tratarse de derechos subjetivos fundamentales pueden y deben ser objeto de alegación ante los tribunales”⁵⁶⁶. La consideración que le ha sido dada por la Doctrina no se ajusta pues, en absoluto, a la idea que subyace en los debates preparatorios del texto constitucional. Éste, junto con otros argumentos que voy a analizar, permite apoyar la tesis que mantengo.

La condición de informadores de estos principios no es, en absoluto, retórica, como adelantaba más arriba. La conexión con el artículo 53.3 CE impide, pues, considerar tales principios como normas sin contenido, surgiendo así una obligación de tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes; así lo ha declarado el propio Tribunal Constitucional en sus sentencias 19/1982, de 5 de mayo; 15/1989, de 26 de enero; 14/1992, de 10 de febrero. El Tribunal Constitucional considera que los derechos contenidos en el Capítulo III son unos principios que obligan al legislador (STC 172/1989, de 19 de octubre), al conjunto de los poderes públicos (STC 83/1984, de 24 de julio), y que han de informar la práctica judicial (STC 14/1992, de 10 de febrero)⁵⁶⁷. Si bien existe coincidencia doctrinal, por lo tanto, en que no nos encontramos ante derechos subjetivos, y, por lo tanto, directamente esgrimibles por los particulares, no obstante la forma de invocación queda relegada a lo que disponga la ley ordinaria en que esos derechos son desarrollados, pues conforme concluyen Abramovich y Courtis⁵⁶⁸: “*lejos de constituir una cuestión cerrada, la adecuación de los mecanismos procesales para hacer que el Estado cumpla con derechos económicos, sociales y culturales por vía judicial requiere un esfuerzo imaginativo que involucre nuevas formas de utilización de mecanismos procesales tradicionales, la expandida consideración de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos, un cierto activismo judicial, que incluya una dosis de creatividad pretoriana, y la propuesta legislativa de*

⁵⁶⁶ ESCOBAR ROCA, G. “Indivisibilidad y derechos sociales: de la Declaración Universal a la Constitución”. Ob. Cit. Pág. 57.

⁵⁶⁷ DE LORENZO GARCÍA, R y PÉREZ BUENO, LC (directores). “Tratado sobre discapacidad”. Ob. Cit. Pág. 517.

⁵⁶⁸ ABRAMOVICH, V y COURTIS, C. “Los derechos sociales como derechos exigibles”. Ob. Cit. Págs. 46-47

nuevos tipos de acciones capaces de vehiculizar reclamos colectivos y demandas de alcance general frente a los poderes públicos”. Estos autores mantienen que “no existe derecho económico, social o cultural que no permita su exigibilidad judicial en caso de violación⁵⁶⁹; lo que luego les permitirá concluir que no existe diferencia aparente ente los derechos civiles y políticos, por un lado, y los económicos, culturales y sociales, por otro, obedeciendo la justificación de la diferenciación más que a la justiciabilidad de los derechos, a matices político-ideológicos de regulación jurídica⁵⁷⁰. Los derechos fundamentales se conciben mucho más como una cuestión de justicia que de política, lo que supone que las concepciones de la mayoría puedan proyectarse sobre el ámbito protegido por las libertades, pero de forma muy restringida y siempre vigilada por el control jurisdiccional⁵⁷¹. Sobre la base de esta afirmación, resulta meridianamente claro de lo analizado hasta ahora que la mayoría lo que ha pretendido es brindar a las personas con discapacidad derechos con contenido realizable; así se refleja en el artículo 49 del texto, analizado anteriormente.

No obstante las afirmaciones anteriores, doctrinalmente⁵⁷², se ha elaborado la teoría de que los derechos de los colectivos sociales que se encuentran en desigualdad de condiciones, como las mujeres, niños y niñas, personas mayores, y personas con discapacidad, constituyen el conjunto denominado “*derechos de cuarta generación*”, lo que les brinda un régimen de especial protección, con instituciones especiales mediante las que se instrumenta este fin; reflejo del Estado social y democrático de Derecho, que proclama el artículo 1.1 de la Constitución Española, y el principio de seguridad jurídica de su artículo 9.2., según el cual han de promoverse “*las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*”; en el marco del principio de libertad de empresa del artículo 38 del texto constitucional. Se trata de una cuarta fase de la

⁵⁶⁹ Idem. pág. 47.

⁵⁷⁰ Idem. Págs. 47-48.

⁵⁷¹ PRIETO SANCHÍS, L. “*Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*”. Ob. Cit. Pág. 11.

⁵⁷² PECES-BARBA MARTÍNEZ, G “*Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de filosofía jurídica y Política)*”. Ob. Cit. Pág. 142.

evolución de los derechos humanos, que habrían pasado por las etapas previas de positivización, generalización, internacionalización, hasta llegar a la de especificación; si bien, lo que hay detrás de este proceso es una determinada concepción del principio de igualdad⁵⁷³ o de *“libertad desde la igualdad, en el entendimiento de que no es posible el ejercicio de la libertad sin la eliminación, aunque sea parcialmente, de los obstáculos e impedimentos por razones económicas, sociales o culturales de las personas”*⁵⁷⁴.

Una de las cuestiones esenciales que plantea el respeto de los derechos fundamentales es la preservación de su contenido esencial, que recoge el artículo 53.1 de la Constitución; este límite a la acción de los poderes públicos parece que se predica exclusivamente de los derechos contenidos en el Título I, Capítulo segundo, excluyendo, por lo tanto los DESC. No obstante, cabe articular mecanismos de defensa de estos derechos a través del factor de conexión que se genera con su fundamentación: la libertad, igualdad y solidaridad. Fundamentalmente, con el derecho a la igualdad contenido en el artículo 14 del Texto Constitucional. Como apunta DÍAZ CREGO, esta vía de protección indirecta también tiene límites claros, en la medida en que lo habitual es que el objeto del proceso se centre no tanto en el contenido del derecho social, sino en la eventual discriminación sufrida en el disfrute del mismo⁵⁷⁵. Ésta ha resultado ser la fundamentación contenida en la STC 269/1994, de 3 de octubre, ya comentada, en la que se ha concluido la inexistencia de discriminación en relación con la utilización de cuotas de reserva de empleo en beneficio de las personas con discapacidad, ni desde la perspectiva del artículo 14 CE, ni desde la perspectiva del artículo 23 CE. No obstante, este sistema de referencia indirecta para la acción no deja de ser una técnica jurídica absolutamente inapropiada. Resulta evidente que el ordenamiento jurídico no ha dispuesto todavía de las herramientas adecuadas para la exacción de los DESC, pese a la claridad de la fundamentación que he

⁵⁷³ DE ASÍS ROIG, R. *“Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas”*. Debates del Instituto Bartolomé de las Casas nº 2. Ed. Dykinson. 2004. pág. 60.

⁵⁷⁴ GARRIGA DOMÍNGUEZ, A. *“Derechos sociales. Una aproximación a su concepto y fundamento”*. VV.AA. *“Teoría de la Justicia y Derechos fundamentales”*. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba”. Vol. III. Ob. Cit. Pág. 643.

⁵⁷⁵ DÍAZ CREGO, M. *“Derechos sociales y amparo constitucional”*. R.V.A.P. Nº 94. Septiembre-diciembre 2012. Pág. 21.

analizado en este Capítulo. El avance en la defensa de estos derechos se produce, pero de forma muy lenta.

Una de las actuaciones más favorables a los derechos sociales resulta la interpretación efectuada por el Tribunal en su sentencia nº 192/2003, de 27 de octubre, conforme a la cual, cuando los Tribunales ordinarios resuelvan sobre asuntos en los que puede haberse producido una vulneración de un derecho constitucional sustantivo, no será suficiente con que realicen una aplicación de la legalidad que no sea arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable y desprovista de error patente, sino que además esa aplicación de la legalidad vigente deberá ser conforme al texto constitucional; en esta sentencia, el Tribunal lleva a cabo un importante pronunciamiento (FJ 3º), ya que declara: *“La exigencia constitucional de que las resoluciones judiciales sean fundadas en Derecho implica, como presupuesto inexcusable, según también hemos declarado tempranamente desde la STC 16/1982, de 28 de abril, F. 1, la vinculación a la Constitución, como norma suprema del ordenamiento jurídico, de todos los poderes públicos, y por consiguiente también de los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial (arts. 9.1 y 117 CE). Como este Tribunal afirmó ya en su STC 19/1982, de 5 de mayo, «es un imperativo para todos los poderes llamados a aplicar la ley interpretarla conforme» a la Constitución, lo que significa elegir entre sus posibles sentidos «aquél que sea más conforme con las normas constitucionales» (F. 7)”*. Dentro del mismo, en relación con la aplicación de los DESC, la fundamentación de estos derechos les otorga una posición privilegiada. Por la vía de la aplicación del artículo 24 del Texto Constitucional, la solución dada por las resoluciones jurisprudenciales debería resultar favorable al reconocimiento de estos derechos. Es lo que DÍAZ CREGO denomina un *“canon reforzado de motivación”*, en aquellos casos en los que la resolución judicial no tiene en cuenta el contenido del derecho correspondiente⁵⁷⁶. Esta profesora entiende que son varias las vías que permitirían a los tribunales proteger de forma indirecta los derechos sociales en aquellos casos en los que las posibilidades de su exigibilidad directa estén limitadas en un ordenamiento dado: a través del principio de igualdad y no discriminación; a través del derecho al debido

⁵⁷⁶ Idem. Pág. 38.

proceso; a través de su relación con alguno de los clásicos derechos civiles y políticos; a través de su relación con otros derechos sociales; protegiéndolos como límites legítimos a ciertos derechos civiles y políticos; o, finalmente, exigiendo información como vía para garantizar su adecuado ejercicio⁵⁷⁷.

En este sentido, existen precedentes en otros ordenamientos jurídicos. La Corte Constitucional italiana, en su Sentencia 27/1998, de 26 de febrero, afirmó que, aunque el legislador tuviera amplia discrecionalidad, la Corte debía garantizar la medida mínima esencial de protección de las situaciones subjetivas que la Constitución califica como derechos; medida mínima por debajo de la cual se determinaría la violación de tales derechos. Esta directriz la ha aplicado la Corte Constitucional italiana en la Sentencia 304/1994, de 15 de julio, en relación con derechos sociales como la asistencia sanitaria, no aceptando que las regulaciones del derecho a la salud puedan comprimirse de modo que se vulnere su núcleo social y se ofenda la inviolable dignidad de la persona humana. Al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional alemán viene utilizando en su jurisprudencia valores semejantes; la vieja Sentencia de 19 de diciembre de 1951 subrayó que la realización del Estado social corresponde fundamentalmente al legislador. Y en la Sentencia de 29 de mayo de 1990 derivó del principio del Estado social la obligación de crear las condiciones mínimas para una existencia humana digna de sus ciudadanos. Sólo a partir del respeto a dichas condiciones quedaría un resto de discrecionalidad o libertad de configuración del derecho social correspondiente, disponible para el legislador. El Consejo Constitucional francés ha afirmado en diversas ocasiones que la salvaguarda de la dignidad humana implica que toda persona tenga derecho a disponer de prestaciones sociales esenciales (Decisiones 94-359, de 19 de enero de 1995 y 98-403, de 29 de julio de 1998).

La cuestión de los derechos de las personas con discapacidad nos vincula a una doble realidad; se trata de una conexión entre la especificidad de un grupo sectorialmente determinado en el ámbito social y económico, y que requiere una atención particular por parte del Estado para asegurar la equidad, en donde las condiciones genéricas de libertad e igualdad no son suficientes,

⁵⁷⁷ DÍAZ CREGO, M. *“El Tribunal Constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales”*. Lex Social- Revista de los Derechos Sociales. Nº 1/2012. Enero-junio 2012. Págs. 7-8.

sino que es necesario implementar modelos de desarrollo específicos como ocurre en general respecto de los derechos sociales; abriéndose asimismo a la participación de la sociedad civil, como he indicado en un apartado anterior. La objeción que se formula a los derechos sociales es una objeción contra el mismo constitucionalismo, como apunta la profesora BARRANCO⁵⁷⁸, por cuanto todas las categorías de derechos responden a un mismo objetivo que es la satisfacción de los valores y principios dispuestos en la Constitución.

4.2. Desarrollo de los derechos sociales en el ámbito internacional

En el presente apartado, pretendo llevar a cabo un análisis del proceso de internacionalización y de cómo el mismo ha influido e influye en el desarrollo de los derechos sociales. Dejo para un capítulo siguiente el análisis de aquellos aspectos del proceso de internacionalización de los que se extraen elementos favorables a la estructuración de éstos como una categoría integrada en los derechos fundamentales.

Dentro de los procesos históricos que han sufrido los derechos humanos, junto con la fase de positivización, generalización y especificación, la internacionalización ocupa un lugar igualmente destacable. Los derechos sociales, compartiendo las mismas categorías predicables de los mismos, participan de este proceso. Para algunos autores como Adela Cortina, la idea de la internacionalización se encuentra ínsita en la concepción de los derechos humanos, manteniendo que los derechos humanos serían exigencias éticas que reclaman ser satisfechas por el Derecho positivo nacional o internacional⁵⁷⁹.

La incorporación de los derechos sociales a la doctrina jurídica no ha estado, hasta la fecha, ajena a determinadas concepciones políticas; de ahí que, quizás, la atención brindada por la Comunidad Internacional resulte muy insuficiente. Entiendo que la culminación de la fase de internacionalización y la incorporación de los derechos del grupo humano que estudio, los derechos de las personas con discapacidad, a las normas jurídicas internacionales alejará su reconocimiento de posiciones políticas, lo que, sin duda, facilitará, al final de

⁵⁷⁸ BARRANCO, M.C. “*Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*”. Ob. Cit. Pág. 88.

⁵⁷⁹ CORTINA, A. “*Bioética y nuevos derechos humanos. Problemas actuales de los derechos fundamentales*”. Ed. J.M. Sauca. UCIII-BOE. 1994. Págs. 427-441.

un hipotético proceso, su reconocimiento pleno. Siguiendo a Hermann Heller, *“...la política social sólo podrá tener éxito si es internacional...”*⁵⁸⁰. Algunos autores apuntan a esta fase de internacionalización como básica para la obtención de determinados efectos en el sistema de protección de los derechos sociales, como, entre otros, la denominada eficacia horizontal de los derechos; es decir, la posibilidad de que éstos resulten oponibles no sólo frente a los poderes públicos sino también frente a sujetos privados en condiciones de afectarlos, la previsión para todos los derechos de un sistema de protección con mecanismos reforzados de garantía, incluyendo la posibilidad de reclamarlos ante los órganos internacionales competentes, así como el intento de fortalecer el rol y la independencia de las instancias judiciales y el reconocimiento de la dimensión colectiva de los derechos y, en su caso, la previsión de mecanismos idóneos para hacerlos efectivos⁵⁸¹. Como refiere esta autora, se trataría de conseguir una mayor apertura del ordenamiento constitucional al desarrollo internacional de los derechos, y así, por ejemplo, habilitar su aplicación directa y extender el sistema de garantías a todos ellos sin distinción; incluso a aquellos derechos que no estando expresamente reconocidos en el ordenamiento jurídico, forman parte de la Carta Internacional o bien están claramente vinculados a la dignidad humana⁵⁸².

No obstante, el camino emprendido no deja de estar repleto de dificultades desde casi el inicio del proceso. El artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948 recoge la declaración siguiente: *“toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a...obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”*. Este artículo se encuentra ubicado a continuación de otro dedicado en la Declaración a la participación política, y bajo el pronunciamiento que formula su Preámbulo de *“Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la*

⁵⁸⁰ HELLER, H. *“Las ideas socialistas”* en *“Escritos políticos”*. Ed. Alianza. 1985. Pág. 329

⁵⁸¹ GARCÍA MORALES, A. *“la justiciabilidad como garantía de los derechos sociales”* en PISARELLO, G., *“los derechos sociales como justiciables: potencialidades y límites”*. Ob. Cit. Págs. 16-17.

⁵⁸² Idem. Pág. 18.

Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso...”. Este pronunciamiento no deja lugar a dudas de que el compromiso asumido por los Estados firmantes de la Declaración reflejaba que los preceptos contenidos en la norma comprendían derechos “*esencialmente*” fundamentales para la persona. Derechos de contenido social incluidos en la Declaración son el derecho al trabajo y sindicación (art. 23); descanso, tiempo libre y vacaciones (art. 24); nivel de vida adecuado que garantice su salud y bienestar, seguridad y protección social (art. 25); educación (art. 26); vida cultural y propiedad intelectual (art. 27); orden social e internacional (art. 28); vida en comunidad (art. 29).

No obstante este correcto punto de partida, la Declaración se desarrolló mediante dos instrumentos separados, representados por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Como órganos derivados de ambos Tratados, se mantiene el Comité de Derechos Humanos (CCPR en la nomenclatura de Naciones Unidas), y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). El primero tiene su fundamento en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966; el mismo instituye como órgano de vigilancia el Comité de Derechos Humanos, órgano constituido por expertos independientes que vigila el cumplimiento del Pacto por los Estados miembros. Formula y dirige a los Estados parte opiniones motivadas y recomendaciones, bajo la forma de observaciones concluyentes. El propio Pacto establece en su Preámbulo que, “*...de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos, el ideal de un ser humano disfrutando de libertad civil y política, libertad de temor y deseo, sólo puede ser alcanzada si se crean condiciones en las que todos puedan disfrutar de sus derechos civiles y políticos, así como de sus derechos económicos, sociales y culturales*”.

El CESCR figura instituido en el PIDESC como un órgano independiente que vigila el cumplimiento del Pacto por los Estados firmantes. El Comité fue creado por el ECOSOC mediante la Resolución 1985/17 de 28 de mayo de 1985, en desarrollo de la Parte IV del Pacto. Los Estados

signatarios deben someter informes periódicos al Comité sobre cómo los derechos se aplican. El Comité examina cada informe y dirige sus preocupaciones y recomendaciones a cada Estado, bajo la forma de observaciones concluyentes. Mediante el Protocolo Adicional que ha entrado en vigor el 5 de mayo de 2013, los particulares pueden formular denuncias particulares de violación. Por otro lado, el Comité puede, bajo determinadas circunstancias, llevar a cabo investigaciones sobre las violaciones graves y sistemáticas del Pacto. Ha sido el 10 de diciembre de 2008, sesenta años después de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas ha adoptado el Protocolo Facultativo del PIDESC. El Protocolo adicional al Pacto de Derechos Civiles y Políticos había entrado en vigor el 23 de marzo de 1976, lo que da una idea del diferente trato recibido entre unos y otros derechos. En el mismo, se establece el mismo sistema de denuncias particulares que en el CCPR; no obstante, esta diferencia temporal arroja una claridad meridiana sobre las dificultades con las que se deben enfrentar estos derechos, incluso en el ámbito internacional.

Este esquema organizativo se completa con los órganos derivados de la Carta de Naciones Unidas, siendo aprobado el reglamento de las comisiones orgánicas por el Consejo Económico y Social en la resolución 100 (V), de 12 de agosto de 1947. Mediante Resolución aprobada por la Asamblea General el 15 de marzo de 2006 se ha creado el Consejo de Derechos Humanos, órgano que sustituye a la Comisión de Derechos Humanos. En virtud del acuerdo 13 de la indicada Resolución, se dispone que el Consejo Económico y Social pida a la Comisión de Derechos Humanos que concluya sus trabajos en su 62º período de sesiones y que disuelva la Comisión el 16 de junio de 2006, en virtud de la sustitución decidida en su acuerdo 1º. En cuanto a su función, el Consejo es un órgano colegiado, de naturaleza electiva, al que se le otorga la función de impulsar la promoción y protección de todos los derechos humanos, es decir, los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo (acuerdo nº 4), sobre la base de la indivisibilidad que acoge los considerandos iniciales de la Resolución. Este órgano asume la función y las atribuciones de la Comisión de Derechos Humanos en relación con la labor de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Entre sus funciones se encuentra la formulación de recomendaciones

respecto de la promoción y protección de los derechos humanos, presentando un informe anual a la Asamblea General (acuerdo 5º). Utiliza como herramientas el diálogo y la cooperación, con el fin de prevenir las violaciones de los derechos humanos y responder con prontitud a las situaciones de emergencia en materia de derechos humanos. En su acuerdo 6º, prevé el mantenimiento de un sistema de procedimientos especiales, asesoramiento especializado y un procedimiento de denuncia. En caso de violación, la pertenencia al Consejo del miembro denunciado puede ser dejada en suspenso (acuerdo 8º). Por todo ello, puedo concluir que en el ámbito de Naciones Unidas, desde la entrada del segundo Pacto, no hay una diferencia en el tratamiento de los derechos civiles y políticos, respecto de los DESC. Al mismo tiempo, de la lectura de los principios enunciados, extraídos de los respectivos instrumentos, se articula la consideración de la dignidad de la persona sobre la base de la consideración y respeto de ambos grupos de derechos de manera indisoluble.

En el escenario actual, a la tradicional intervención del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, se ha añadido, en el ámbito de las personas con discapacidad, los instrumentos de control derivados del Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Sin lugar a dudas, nos encontramos en una nueva fase de la definitiva consolidación de los derechos, mediante la decidida apuesta de las instituciones internacionales de diversos ámbitos (europeo, Naciones Unidas) por la generalización de los derechos de las personas con discapacidad, en cuanto derechos humanos, si bien, para su definitiva implantación, se debe huir de determinadas posturas excesivamente simplistas.

En el ámbito de las Naciones Unidas, la fundamentación de la acción de los órganos indicados viene representada por un conjunto de normas adicionales a los dos Pactos antes indicados, como las siguientes: la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer⁵⁸³ y el Convenio sobre la

⁵⁸³ En este sentido, se reproduce el párrafo tercero del Preámbulo: *“Considerando que los Estados Partes en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos tienen la obligación de garantizar al hombre y la mujer la igualdad en el goce de todos los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos”*. Se ve claramente cómo se alinean los DESC en el mismo rango de consideración con los restantes derechos.

readaptación profesional y el empleo de personas inválidas (Convenio N° 159), de la Organización Internacional del Trabajo⁵⁸⁴; así como la resolución 1996/27, de 19 de abril de 1996, sobre los derechos humanos y las personas con discapacidad, y la resolución 48/96 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 1993, por la cual aprobó las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. En fechas más recientes, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, a la que he venido haciendo referencia de forma reiterada a lo largo del trabajo, con la evolución que ha significado en la configuración de los derechos de las personas con discapacidad; un papel destacado tiene en la preservación de estos derechos su Comité especializado, que también ha sido analizado anteriormente. En la Resolución 1998/31, se salvaguarda un papel excepcional de intervención al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, junto con la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, con miras a la protección de los derechos humanos del colectivo de personas con discapacidad. El contenido de estos instrumentos internacionales refleja la clara simbiosis entre los DESC y los derechos humanos en el ámbito del indicado Órgano Internacional. Ejemplo de ello es también la Convención interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con discapacidad.

Paralelamente, hay que destacar la decidida apuesta de las instituciones europeas por la defensa de los derechos de las personas con discapacidad, de la que es ejemplo que, a partir de la promulgación de la Carta Europea de Derechos Humanos y su incorporación al Tratado de Lisboa de 2007, se reorienten las normas fundamentales de la Unión Europea, recogiendo de forma expresa el respeto a los derechos de los colectivos en riesgo de exclusión, entre los que se encuentra el grupo que es objeto del presente estudio. Supone, pues, el acceso a una nueva fase en el desarrollo de los derechos sociales. Sin duda, una interpretación como la que propongo facilita la exigibilidad de estos derechos, fin último de su proceso de constitucionalización. En este sentido, la declaración que figura en el Tratado

⁵⁸⁴ Todas ellas citada en el Preámbulo de la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU N° 1998/31, adoptada en su 51ª sesión, 17 de abril de 1998. bajo el título “*Los derechos humanos y las personas con discapacidad*”.

de Funcionamiento de la Unión Europea, en cuyo art. 153 establece que la Unión apoyará y complementará la acción de los Estados miembros en diversas materias de política social. De esta manera se modifica el estado de estos derechos que, hasta ahora, habían adoptado un papel del todo secundario; en primer lugar, porque no existen, prácticamente, garantías primarias de estos derechos⁵⁸⁵. Siendo cierta esta afirmación, corroborada por el hecho de que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en 1999, no fue incorporada en su momento con valor jurídico a los tratados; no obstante, desde el Tratado de Lisboa sí figura con este alcance. Este cambio en el rango normativo que se ha dado a los derechos recogidos en la Carta facilitará que, si bien algunos tribunales estatales han comenzado a invocar sus disposiciones en sus resoluciones judiciales, gocen ahora de un fundamento consistente para que este número favorable se incremente.

Tradicionalmente en el ámbito europeo ha ocupado un papel primordial la labor del Consejo de Europa y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; este órgano jurisdiccional que se encarga de velar por la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos ha seguido una línea tendente a asegurar el acceso directo de las personas afectadas a la jurisdicción del Tribunal. Desde 1998, con la firma del Protocolo XI, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1998, se había garantizado esta medida. Recientemente, el pasado 1 de junio de 2010 entró en vigor el Protocolo XIV al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, con el fin de reforzar el sistema de control establecido en el Convenio. El Tribunal ha analizado en numerosas sentencias una cuestión trascendental para el Convenio, como es el derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 6 CEDH), y a no ser discriminado por motivos sociales. Precedentes jurisprudenciales en el sentido que apunto, se hayan en la sentencia *Obermeier vs. Autriche*, recurso núm. 11761/85, Sentencia del TEDH 28 junio 1990 (derecho al trabajo); caso *Feldbrugge vs. Pays-Bas*, recurso núm. 8562/79, Sentencia del TEDH 29 mayo 1986 (prestaciones de seguridad social); caso *Deumeland vs. Allemagne*, recurso núm. 9384/81, Sentencia del TEDH 29 mayo 1986 (prestaciones de seguridad social); caso *Neigel vs. France*, recurso núm. 18725/91, Sentencia

585 PISARELLO, G. “Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción”. Ob. Cit. Pág. 132.

del TEDH 17 marzo 1997 (derecho al trabajo); *Salesi vs. Italie*, recurso núm. 13023/87, Sentencia del TEDH 26 febrero 1993 (prestaciones por discapacidad); caso *Lombardo vs. Italie*, recurso núm. 11519/85, Sentencia del TEDH 26 noviembre 1992 (pensión de jubilación derivada de discapacidad por el trabajo); *Gaygusuz vs. Autriche*, recurso núm. 17371/90, Sentencia del TEDH 16 septiembre 1996 (discriminación por razón de la nacionalidad); *Ichtigiaroglou vs. Grèce*, recurso núm. 12045/06, Sentencia del TEDH 19 junio 2008 (pensión de seguridad social por razón de nacionalidad). Con este mismo sentido, en el entorno del Consejo de Europa, la firma del Protocolo de 5 de mayo de 1988 a la Carta social Europea perseguía, como recoge su Preámbulo, poner en marcha nuevas medidas para extender la protección de los derechos sociales y económicos garantizados por la Carta.

La Constitución Española prevé una sistema de apertura del ordenamiento jurídico español al sistema de normas internacionales (CE artº 10.2), otorgando a los instrumentos internacionales el rango de ley, en cuanto los mismos resultan sancionados. De acuerdo con este precepto, las normas internacionales, cumplido el trámite de la ratificación, no precisan para su incorporación al ordenamiento jurídico interno de la recepción por ninguna otra disposición normativa, sino que resultan de aplicabilidad directa. Otra cuestión bien distinta resulta la operatividad real de este sistema de normas, representado en su mayor parte por normas denominadas “*soft law*”, en cuanto instrumentos con un escaso grado de exigibilidad jurídica; acepción que pone ciertamente en entredicho su aplicabilidad directa⁵⁸⁶. No obstante esta afirmación, sí se empieza a vislumbrar un interés político por otorgar instrumentos de control efectivo en el ámbito internacional, aunque la falta de un número de ratificaciones suficientes retrase de manera excesiva la puesta en marcha de los Protocolos especializados que, con este fin, resulten suscritos.

4.3. La articulación de los derechos sociales a través del estado social

⁵⁸⁶ Un ejemplo de ello es la diferencia existente entre los Estados que han ratificado la Convención de las Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad y las que lo han hecho de su Protocolo Facultativo, en el que se regula el funcionamiento del Comité, como órgano de control de la propia aplicación de la Convención. (82/44)

La denominación que se otorga a este modelo de Estado resulta diversa; como puntualiza la profesora PALOP: *“Para aludir a este modelo estatal, surgido hace ya algunas décadas en los países del mundo desarrollado y caracterizado por su enorme complejidad y por su naturaleza dinámica y móvil, se han usado gran cantidad de términos: Estado social, Estado de bienestar, Welfare State, Estado benefactor, Estado providencia, Estado de partidos, Estado de asociaciones y Estado socialdemócrata”*⁵⁸⁷. Se ha optado en el presente trabajo por el concepto de Estado social, en la medida en que, como indicaré, la denominación citada permite abarcar en mejor medida los conceptos a los que me voy a referir. Por otro lado, siguiendo al profesor PAREJO, la denominación *“Estado de Bienestar”* no existe como tal, aludiendo a un conjunto diverso de fórmulas de aseguramiento colectivo frente a contingencias de la vida⁵⁸⁸.

La idea de partida es la de que la libertad promocional surge del fracaso del funcionamiento del Estado, de la sociedad, o de ambos, porque la persona no ha podido realizarse libre y solidariamente como tal por carecer del mínimo marco necesario para el ejercicio de las libertades más elementales⁵⁸⁹. El enfoque que facilita este concepto da pie a que el análisis lógico-deductivo formal del subsistema de los derechos fundamentales imperante hasta la fecha empiece a dejar paso, en parte de la doctrina, a un acercamiento funcional a esta categoría de derechos; el mismo supone la respuesta a la pregunta siguiente: ¿los derechos fundamentales se incluyen en los textos constitucionales como un mero límite al ejercicio del poder político, o revisten una funcionalidad práctica, pretenden preservar unas cuotas determinadas de libertad, frente a los ataques que pudieran provenir incluso del propio ordenamiento jurídico? Este espíritu práctico con el que se inspira el catálogo de derechos fundamentales responde a la propia concepción del Estado. Éste es el debate al que responde la configuración del modelo de Estado como un Estado social, ya que *“el Estado social de Derecho estaría llamado a crear los presupuestos económicos y*

⁵⁸⁷ RODRÍGUEZ PALOP, M^a. *“La nueva generación de Derechos Humanos. Origen y justificación”*. Ob. Cit. Pág. 121.

⁵⁸⁸ PAREJO ALFONSO, L. *“Estado y Estado de Bienestar a la luz del orden constitucional”* en *“Las estructuras del bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes”*. Escuela Libre Editorial-Civitas. 2002. Pág. 794.

⁵⁸⁹ RODRÍGUEZ-ARANA, J. *“Interés general, Derecho Administrativo y Estado del Bienestar”*. Ob. Cit. Pág. 168.

sociales de la libertad para todos, suprimiendo la desigualdad irrazonable existente en la sociedad”⁵⁹⁰.

El concepto centra la perspectiva de un Estado en términos de eficacia; es decir, qué obligaciones debe rendir el propio Estado para garantizar la libertad e igualdad del individuo. Este modo de estudio guarda relación con la teoría de las capacidades, que analizo en otro lugar. Para PÉREZ LUÑO ⁵⁹¹ esta mutación guarda relación con el paso del Estado liberal al Estado social de Derecho, y su corolario de migración de los derechos de autonomía propios del primero a los de participación del segundo, en los que los ciudadanos demandan una intervención activa del Estado y la prestación de servicios públicos que palien las necesidades que se les presenta; a la vez que se les debe permitir influir en la administración de los gobiernos con peticiones que éstos están obligados a tomar en consideración. La síntesis de los derechos fundamentales en el Estado social de derecho no es sino la del propio constitucionalismo, dado que la cuestión que trato no es simplemente producto de un cambio de modelo social, sino del modelo mismo de Estado. El proceso resulta el fruto de una evolución, reflejo de la cual se muta de un Estado liberal clásico e individualista basado en los derechos del hombre, propio del Siglo XVIII, al Estado social, solidario y activo en el que se desenvuelven los derechos del ciudadano en plenitud, que surge en el Siglo XX y el actual. En el primero, en la medida en que los derechos naturales son los de la burguesía preminente, no existe necesidad de la acción positiva del Estado; los derechos se erigen exclusivamente como auténticos límites al poder, que va a ser ejercido exclusivamente por un grupo de ciudadanos y ciudadanas. En opinión de PECES-BARBA, del disenso con las teorías del interés propio y del beneficio propio surgen estos puntos de vista que contribuirán a crear la estructura intelectual necesaria para más tarde construir la ideología del Estado social de Derecho⁵⁹². No es el reflejo de cambios políticos, sino fruto de los cambios sociales que ha generado el Estado del bienestar, y que, necesariamente, ha de traer consigo un cambio en la configuración de los derechos fundamentales. Como manifiesta GARCÍA

⁵⁹⁰ MONEREO PÉREZ, J.L. *“La defensa del Estado social de Derecho. La teoría política de Herman Heller”*. Ed. El Viejo Topo. 2009. Pág. 112.

⁵⁹¹ PÉREZ LUÑO, A.E., *“La Tercera Generación de derechos humanos”*. Ed. Thomson-Aranzadi. 2006. Pág. 265.

⁵⁹² PECES-BARBA, G. *“Derechos sociales y positivismo jurídico”*. Ed. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. Ob. Cit. Pág. 33.

MACHO: *“en el estudio histórico de los derechos sociales va a percibirse su carácter polémico, como lucha que la cuarta clase mantiene por conseguir una libertad «real», puesto que la «formal» no garantiza sus necesidades”*⁵⁹³.

En el origen del Estado social de derecho está la igualdad, dado que el objetivo que persigue es simultanear el bienestar de los individuos, al mismo tiempo que se garantizan las necesarias cuotas de libertad, pese a que para lograr el primer objetivo, el Estado deba adoptar determinadas medidas de intervención; como indica HAYEK con espíritu crítico *“...desde el comienzo de la Revolución los principios básicos de igualdad ante la ley se vieron amenazados por las nuevas exigencias de los precursores del moderno socialismo, que pidieron una égalité de fait en lugar de la égalité de droit”*⁵⁹⁴. LA BRUYÈRE, autor burgués del siglo XVII, entiende que son, precisamente, los beneficios sociales que facilita el Estado, representado por el soberano, lo que justifica el respeto a esta institución; actúa, por lo tanto, como límite al poder; viendo, como afirma PECES-BARBA *“...una cierta relación entre límites del poder y obligaciones del soberano hacia los súbditos próximos a los que después serán los derechos fundamentales”*⁵⁹⁵. El Estado social ya figura en Francia en el proyecto de Constitución de diciembre de 1792, inspirada por Condorcet, en cuyo artículo 24 declaraba: *“Los socorros públicos son una deuda sagrada de la sociedad y corresponde a la ley determinar su extensión y aplicación”*; esta fundamentación resulta heredera de la obra de autores que atisbaron en su momento la insuficiencia del marco representado por el ordenamiento jurídico vigente en ese momento. En este sentido, CERRONI en su obra *“Paradojas de los derechos humanos”* presenta ocho paradojas en la historia de los derechos fundamentales, siendo una de ellas la del Estado de Derecho. Este autor italiano, partiendo del concepto elaborado por Kant, entiende que éste no debe identificarse con democracia; el Estado de Derecho puede entenderse como igualdad ante la ley pero no como igualdad para decidir la ley. Este punto de partida le sirve a CERRONI para afirmar que el Estado de Derecho no es suficiente para la protección de los derechos. Habrá que dar un paso más a través de la participación del pueblo en la formación de

⁵⁹³ GARCÍA MACHO, R. *“Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda”*. Ob. Cit. Pág. 16.

⁵⁹⁴ HAYEK, F. *“Los fundamentos de la libertad”*. Unidad Editorial. 8ª edición. 2008. Pág. 267.

⁵⁹⁵ PECES-BARBA, G. *“Libertad, poder, socialismo”*. Ob. Cit. Pág. 69.

ese Derecho⁵⁹⁶. Por ello, el Estado social impone acercar el Derecho a los ciudadanos; en cuanto realidad mutable, resulta preciso que se acomode a las necesidades que presenta la sociedad; siguiendo para ello la definición de constitución de Thomas Paine, para quien *“la constitución no es el acto de un gobierno, <sino de un pueblo que constituye un gobierno>, pues ella <precede a un gobierno> y éste <es sólo una criatura de una constitución>”*⁵⁹⁷. En este modelo de Estado, lo que prima es el interés general que conecta con las necesidades públicas, colectivas, de los ciudadanos,...el interés de todos y cada uno de los ciudadanos y ciudadanas como miembros de la sociedad⁵⁹⁸. Acoger con el mismo rango, como hace la Constitución española en su artículo 1.1, los principios del Estado de derecho y el Estado social, significa que las contradicciones entre ambos principios tienen que ser equilibrados, es decir, ninguno de los dos principios puede imponerse sobre el otro⁵⁹⁹.

No obstante, en todo caso, como afirma COTARELO: *“El Estado social, como una forma de Estado con objetivos de redistribución e igualdad tiene un tortuoso proceso de construcción doctrinal que está lejos de haber acabado”*⁶⁰⁰. Este nuevo marco de las relaciones institucionales se caracteriza por un cambio sustancial en las relaciones entre los individuos y el Estado; la clásica abstención del Estado en el respeto de los derechos individuales propia del Estado liberal, pasa a demandar una intervención activa de éste, que, mediante la implantación de políticas sociales activas, garantiza una serie de nuevos derechos a los que se denominará derechos económicos, sociales y culturales, ya que, como manifiesta FERRAJOLI, a diferencia del estado de derecho liberal que debe sólo no empeorar las condiciones de vida de los ciudadanos, el estado de derecho social debe también mejorarlas⁶⁰¹. Para CASCAJO, *“La transformación del capitalismo liberal en capitalismo monopolista lleva consigo que la llamada forma del Estado social se presente como el intento superador*

⁵⁹⁶ Citado por DE ASÍS ROIG, R. *“Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder”*. Ob. cit. Pág. 47.

⁵⁹⁷ Citado en SEGOVIA, J.F. *“Derechos humanos y constitucionalismo”*. Ob. Cit. Pág. 17.

⁵⁹⁸ RODRÍGUEZ-ARANA, J. *“Interés general, Derecho Administrativo y Estado del Bienestar”*. Ob. Cit. Págs. 144-145.

⁵⁹⁹ GARCÍA MACHO, R. *“Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda”*. Ob. Cit. Pág. 127.

⁶⁰⁰ GARCÍA COTARELO, R. *“Del Estado del bienestar al Estado del malestar”*. Centro de Estudios Constitucionales. 1990. Pág. 9.

⁶⁰¹ FERRAJOLI, L. *“Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”*. Ob. Cit. Pág. 862.

de las contradicciones en que incurría el Estado liberal”⁶⁰². El eje de las relaciones pasa a desplazarse del individuo y los valores que le son inherentes como tal, propio de la concepción iusnaturalista, a las relaciones de éste en su entorno social. Este proceso supone el paso a un Estado constitucional o Estado material, un Estado imbuido de principios en el que se produce una correcta síntesis de los principios de libertad e igualdad, y ello sólo es posible en el seno del Estado social, en el que se da una correcta interpretación a esos principios, con el fin de magnificar su resultado. La culminación de este proceso sólo es posible en el entorno del Estado social.

Sólo mediante esta evolución de la concepción de Estado se puede subsanar el auténtico déficit de respeto a los derechos fundamentales en el Estado actual; desarrollos legislativos, básicos para determinados colectivos, que tardan decenios en producirse y que, una vez promulgadas las leyes de cobertura, la lentitud de los procesos jurisdiccionales en nuestro país perpetúan situaciones claramente lesivas para los derechos de los ciudadanos y ciudadanas. Derechos cuya efectividad pueda ser reivindicada frente al Estado y el resto de ciudadanos y ciudadanas en plenitud, y que responde a una concepción unitaria imprescindible del ordenamiento jurídico. Concepción horizontal de los derechos fundamentales que supondrá el abandono de la concepción del Estado liberal de los derechos fundamentales como meros derechos de defensa, siendo sustituida por una concepción necesariamente más integradora. Con una plena implementación del valor solidaridad como fundamento de los derechos, permitiendo la conciliación de la auto-comprensión de los sujetos como seres autónomos y su sentimiento de pertenencia a la colectividad⁶⁰³. Todas las acciones anteriores son producto ineludible de la configuración del Estado español como un Estado social.

La aparición del Estado social y de la función promocional es consecuencia de un proceso de evolución de los derechos que culmina con la etapa de generalización de los derechos humanos, con la incorporación de los derechos económicos, sociales y culturales⁶⁰⁴. En el momento actual, se

⁶⁰² CASCAJO CASTRO, J.L. “*La tutela constitucional de los derechos sociales*”. Ob. Cit. Págs. 17-18.

⁶⁰³ BARRANCO, M.C. “*La libertad republicana y los derechos fundamentales como límites al poder*”. Universidad Carlos III de Madrid. Seminario de Filosofía del Derecho. Sesión 8, de 25 de septiembre de 2000. Pág 19.

⁶⁰⁴ PECES-BARBA, G. “*Curso de derechos fundamentales*”. Ob. Cit. Págs. 169-170.

precisa, pues, desembarazarse de la configuración del Estado de derecho liberal basado en derechos de libertad de configuración negativa y su paso a un Estado social con un, cada vez, más marcado peso de los derechos promocionales o derechos de libertad de configuración positiva o prestacional. El retraso en la configuración de este nuevo marco de relaciones ha sido puesto de manifiesto por FERRAJOLI, quien afirma: “...esto depende sobre todo de un retraso de las ciencias jurídicas y políticas, que hasta la fecha no han teorizado ni diseñado un Estado social de derecho equiparable al viejo Estado de derecho liberal y han permitido que el Estado social se desarrollase de hecho a través de una simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los apartados administrativos, el juego no reglado de los grupos de presión y las clientelas, la proliferación de las discriminaciones y los privilegios y el desarrollo del caos normativo que ellas mismas denuncian y contemplan ahora como <crisis de la capacidad regulativa del derecho>”⁶⁰⁵. Estas dificultades se han traducido en que el Estado social, al no hallar respaldo teórico-jurídico equiparable al que se encuentra en la base del Estado liberal, se ha desarrollado sin ningún proyecto garantista, por medio de una caótica acumulación de leyes, apartados y prácticas político-administrativas⁶⁰⁶. Resulta precisa, pues, una profundización en los límites que se impone al Poder, en relación con las exigencias de los derechos sociales, dando lugar a lo que este autor denomina constitucionalismo social. Máxime, teniendo en cuenta que, en cuanto forma de Estado, los DESC constituyen la fundamentación del mismo; el Estado social encuentra su legitimidad precisamente en su vertiente social que se concreta en el reconocimiento de los derechos sociales y en la obligación de materializar realmente un bienestar generalizado a todos los ciudadanos⁶⁰⁷.

Los pilares del Estado social son: la igualdad a través del acceso a la educación y el remedio frente a los riesgos de exclusión. El Estado social conlleva la vuelta a la concepción del hombre como tal, eje de la atribución de derechos fundamentales, y no como un mero consumidor en un falsamente denominado “Estado del bienestar” en el que determinadas decisiones se

⁶⁰⁵ FERRAJOLI, L. “Derechos y garantías. La Ley del más débil”. Ob. Cit. Pág. 30.

⁶⁰⁶ Idem. Pág. 110.

⁶⁰⁷ MARTÍNEZ DE PISÓN, J. Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales”. Ob. Cit. Pág. 46.

imponen en perjuicio de sus intereses, incluso desde el Poder, sin que pueda ser escuchada su voz; modelo de Estado éste en el que, cada vez más, se aprecia que el Poder se encuentra al servicio de sí mismo. Por el contrario, las manifestaciones de esta nueva configuración de Estado son el Estado del bienestar y la solidaridad social, en el que la solidaridad se convierte en exigencia de justicia junto con la libertad y la igualdad. Como bien apunta MARSHALL: *“La reducción de las diferencias de clase es aún la meta de los derechos sociales, pero ha adquirido un nuevo significado, porque no se trata sólo de acabar con la miseria obviamente desagradable de los estratos más bajos de la sociedad, sino que se ha transformado en un conjunto de actos que modifican el modelo global de la desigualdad social”*⁶⁰⁸. Los Derechos sociales se convierten así en un instrumento vertebrador de la sociedad.

Por medio de la incorporación del valor solidaridad, la visión individualista del Estado liberal se sustituye por la de éste en cuanto partícipe de un esfuerzo y fines colectivos; ello permite que el interés general que alimenta el Estado social se dirija a la protección, promoción y efectividad de los derechos fundamentales, entendidos como libertad en igualdad en la sociedad, como libertad solidaria⁶⁰⁹. La solidaridad, como valor relacional, es la forma que hace más humana y justifica la igualdad material y la libertad promocional⁶¹⁰. Estos valores no se desarrollan exclusivamente por el Estado, sino que se produce una interacción entre éste y la sociedad civil, en la que pasan a desempeñar un papel primordial las asociaciones privadas, las fundaciones y las restantes entidades que conforman el denominado Tercer Sector; estas entidades llevan a cabo una importante acción en beneficio de las personas en riesgo de exclusión, realizando, entre otras funciones, las de impulso y articulación de la solidaridad organizada de la población y de la participación de las personas destinatarias, y la provisión de servicios; realización de actividades y proyectos para responder a sus necesidades; detección de necesidades, investigación e innovación; sensibilización, denuncia, interlocución con el sector público y participación en procesos normativos. Son organizaciones y redes que combinan, por tanto, la respuesta

⁶⁰⁸ MARSHALL, T.H. y BOTTOMORE, T. *“Ciudadanía y clase social”*. Ob. Cit. Pág. 52.

⁶⁰⁹ RODRÍGUEZ-ARANA, J. *“Interés general, Derecho Administrativo y Estado del Bienestar”*. Ob. Cit. Págs. 175.

⁶¹⁰ PECES-BARBA, G. *“Curso de derechos fundamentales”*. Ob. Cit. Pág. 279.

a las necesidades con la acción transformadora, y la colaboración con las instituciones con la capacidad crítica, de denuncia y propuesta de alternativas, desde las propias organizaciones o desde las redes, realizando una contribución fundamental a las personas, familias, colectivos y comunidades, destinatarias directas de su acción. Esta función ha sido destacada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 18/1984, de 7 de febrero, en cuyo FJ 3º, manifiesta: *“La interacción Estado-Sociedad, y la interpenetración de lo público y lo privado trasciende, como hemos señalado, al campo de lo organizativo y de la calificación de los entes. La función ordenadora de la sociedad puede conseguirse de muy diversas formas, que siempre han de moverse dentro del marco de la Constitución, cuyos límites es innecesario estudiar a los efectos del presente recurso. Lo que sí interesa señalar es el reconocimiento constitucional de entes asociativos o fundacionales, de carácter social, y con relevancia pública. Esta relevancia pública no conduce, sin embargo, necesariamente a su publicación, sino que es propio del Estado social de derecho la existencia de entes de carácter social, no público, que cumplen fines de relevancia constitucional o de interés general. La configuración del Estado como social de Derecho viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad, que difumina la dicotomía Derecho público-privado ...”*.

En el ámbito de la Unión Europea, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (artículo 11), el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (artículo 15), y el Libro Blanco de la Gobernanza Europea, ofrecen una base sobre la que fundamentar, de manera amplia, el diálogo civil, la gobernanza y la participación de la iniciativa social en los asuntos públicos. Como recoge este último documento: *“La sociedad civil desempeña un importante papel al permitir a los ciudadanos expresar sus preocupaciones y prestar servicios que respondan a las necesidades de la población. Las organizaciones que la integran movilizan a los ciudadanos y prestan su apoyo, por ejemplo, a las personas víctimas de exclusiones o discriminaciones”*⁶¹¹.

⁶¹¹ COM (2001), 428 final. Pág. 16.

No obstante, esa interacción pasa a convertirse en eje de la fundamentación del sistema político, como ha sido destacado por Hermann Heller, para quien la democracia sólo es posible en un marco de homogeneidad social; como indica PECES-BARBA, lo que el autor alemán persigue, en realidad, es el Estado social de Derecho que integre, a través de los DESC, el Estado liberal y la homogeneidad social⁶¹²; dado que, para HELLER la persona tiene que disponer efectivamente de oportunidades y capacidades reales para ejercer plenamente sus derechos⁶¹³. El Estado Social y democrático de Derecho queda vacío de no existir la posibilidad de obligar a los poderes públicos a que remuevan obstáculos y creen las condiciones necesarias para hacer efectiva la igualdad⁶¹⁴. El Estado social de Derecho es un Estado constitucional comprometido con la justicia social⁶¹⁵. HELLER utiliza la expresión Estado social de Derecho buscando superar la diferencia entre la formalización jurídica de los derechos y su ejercicio efectivo por parte de todos, sobre la base de una doble vía de realización: 1) cambiar el estatuto del ciudadano, que no debía ser una persona integrada sólo política y jurídicamente en un país, sino también económica, social y culturalmente, y, por lo tanto, con acceso a los derechos de este orden; 2) cambiando el estatuto jurídico-político del poder público, que debe asumir la obligación de realizar las prestaciones positivas necesarias para garantizar un mínimo existencial de los ciudadanos y ciudadanas y promover las condiciones de satisfacción de necesidades individuales y generales que el sistema de mercado no proporciona por sí solo⁶¹⁶. La provisión de derechos sociales por este nuevo tipo de Estado forma parte de la propia concepción del sistema político establecido en la Constitución, por medio de los cuales se obtiene la igualdad material que consolida el sistema democrático.

⁶¹² PECES-BARBA, G. *“Derechos sociales y positivismo jurídico”*. Ob. Cit. Pág. 55.

⁶¹³ MONEREO PÉREZ, J.L. *“La defensa del Estado social de Derecho. La teoría política de Herman Heller”*. Ob. Cit. Pág. 33.

⁶¹⁴ BENGOCHEA GIL, M.A. *“La igualdad como fundamento e instrumento para articular los derechos sociales”* en RIBOTTA, S y ROSSETTI (editores), A. *“Los Derechos sociales en el Siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia”*. Debates del Instituto Bartolomé de las Casas nº 13. Ed. Dykinson. 2010. Pág. 243.

⁶¹⁵ HÄBERLE, P. *“El Estado constitucional”*. Ed. Astrea. 2007. Pág. 357.

⁶¹⁶ TORRES DEL MORAL, A. en *“El Estado social y la evolución del constitucionalismo social”*. TEROL BECERRA, M y JIMENA QUESADA, L. (directores) *“Tratado sobre protección de derechos sociales”*. Ob. Cit. Pág. 34.

Sólo por medio de la fundamentación indicada en el párrafo anterior pueden ser apartados del Estado social los argumentos que apuntan a una situación de crisis de este modelo por falta de recursos económicos, cuestión acuciante en este momento. La llamada “*crisis del Estado del bienestar*” se origina con la idea de que este modelo se financia por medio de los excedentes del sistema económico, en el más puro keynesianismo; en función de esta idea, sólo cuando hay excedentes se puede mantener las libertades promocionales en las que consisten los derechos sociales. Tal como he apuntado anteriormente, la crisis económica debería afectar por igual a una u otras categorías de derechos; precisamente es en esto en lo que quiero hacer hincapié, dado que para colectivos importantes de personas resultan más básicas determinadas necesidades que la satisfacción de las libertades de autonomía, para las que, incluso en situación de crisis el sistema hace llegar ingentes cantidades de dinero. Como muy acertadamente apunta el profesor ANSUÁTEGUI, no cabe introducir el elemento económico en un discurso sobre la legitimidad del Poder⁶¹⁷, que es de lo que, en realidad, estoy hablando.

En palabras del profesor MONEREO PÉREZ, citando a Heller “*sin homogeneidad social, la más radical igualdad formal se torna la más radical desigualdad y la democracia formal, Dictadura de la clase dominante*”⁶¹⁸. Sería una fórmula social a la que MONEREO denomina “*totalitarismo invertido*”, caracterizada, partiendo del análisis del modelo de la sociedad americana, por un debilitamiento de la democracia política y de los programas sociales⁶¹⁹. Para evitarlo, sobre la base del artículo 10.1 del texto constitucional, la defensa y promoción de los derechos de los ciudadanos y ciudadanas debe pasar a ocupar un papel que le corresponde, asegurando la efectividad de sus derechos fundamentales. Éstos se constituyen, por esta vía, en el conjunto de

⁶¹⁷ ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. “*Argumentos para una teoría de los derechos sociales*”, en RIBOTTA, S y ROSSETTI, A. (editores). *Los Derechos sociales en el Siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*”. Ob. Cit. Pág. 61.

⁶¹⁸ MONEREO PÉREZ, J.L. “*La defensa del Estado social de Derecho. La teoría política de Herman Heller*”. Ob. Cit. Pág. 43.

⁶¹⁹ Idem. Págs. 138-139.

valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos⁶²⁰. El principio que informa el Estado social de Derecho es el de “*libertad igual*”⁶²¹.

Desde otro punto de vista, FERRAJOLI entiende que la crisis del Estado de Derecho, del Estado social y del Estado nacional por las cesiones de soberanía a los órganos internacionales refleja la crisis del sistema constitucional y la atribución de unas sedes dotadas de un sistema de garantías rígido, impuesto constitucionalmente a todos los poderes en defensa de los derechos fundamentales, proponiendo como remedio la transferencia del sistema de garantías a nuevas sedes políticas y decisionales, reformando congruentemente todo el sistema de fuentes⁶²². Aquí reside, a mi juicio, el eje del cambio respecto a los modelos superados del Estado del Bienestar; éste puede quedar agotado por las excesivas demandas de intervención activa o prestacional que él mismo genera. Por el contrario, el modelo de Estado social que facilita la incorporación de nuevos movimientos sociales, con colectivos como los de las personas con discapacidad, se caracteriza por demandar un papel activo de estos actores, no uno meramente receptor de una labor asistencial estatal. En este cambio de modelo reside quizás, la clave para su subsistencia. Resulta el modelo que apunta MONEREO, siguiendo a HELLER y que éste se apropió del Marx joven, de Estado como “*sociedad en acción*”, es decir, un modelo inserto en la textura de las relaciones y condicionamientos resultantes de los factores naturales y culturales de la vida social⁶²³. Una institución que, como no puede ser menos, debe aspirar a satisfacer las necesidades de todos aquellos colectivos que, en su seno, sufren las barreras que la propia convivencia social genera; a quienes padecen especiales necesidades y, en consecuencia, se encuentran en una especial situación de riesgo de exclusión en el seno de la misma organización. La legitimidad del Estado social y democrático de Derecho debe ser tanto de origen, como de ejercicio, medido en términos de solidaridad, esto es de justicia solidaria, de

⁶²⁰ RODRÍGUEZ-ARANA, J. “*Interés general, Derecho Administrativo y Estado del Bienestar*”. Ob. Cit. Pág. 164.

⁶²¹ TORRES DEL MORAL, A. en “*El Estado social y la evolución del constitucionalismo social*”. TEROL BECERRA, M y JIMENA QUESADA, L. (directores). “*Tratado sobre protección de derechos sociales*”. Ob. Cit. Pág. 37.

⁶²² FERRAJOLI, L. “*Derechos y garantías. La Ley del más débil*”. Ob. Cit. Pág. 115.

⁶²³ MONEREO PÉREZ, J.L. “*La defensa del Estado social de Derecho. La teoría política de Herman Heller*”. Ob. Cit. Pág. 90.

progreso solidario y de libertad solidaria⁶²⁴. De esta manera, el Estado social se convierte en un paradigma jurídico que representa un modelo conforme al cual pueden entenderse y realizarse los derechos fundamentales y los principios del Estado de derecho⁶²⁵; bajo esta interpretación, el Estado social pasa a tener la consideración de un sistema jurídico y no un mero conjunto de prestaciones o beneficios para personas que reciben esos subsidios de un Estado paternalista. El sistema conlleva una forma de interpretar los derechos que afecta a su esencia.

Por su fundamentalidad, los DESC entrarían en el ámbito de competencia del Estado, en aplicación del artículo 149.1.1ª, en cuanto conforman acciones con miras a la fijación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles, para el ejercicio de sus derechos. Así resulta, entre muchas, de las Sentencias del Tribunal Constitucional 71/82, de 30 de noviembre, 32/83, de 28 de abril, 87/85, de 16 de julio, 13/92 de 6 de febrero, 16 y 195/96, etc. Los elementos social y democrático que figuran enunciados en el artículo 1.1 de la Constitución Española entroncan en la igualdad, en la profundización en la igualdad hasta donde se une con la libertad⁶²⁶.

Un ejemplo de haber emprendido este camino ha sido en España la creación del Foro de la Contratación Pública, instrumento en el que, desde la iniciativa de la sociedad civil, a través del asociacionismo y el Tercer Sector, se pretende imponer el cumplimiento de las cuotas de reserva de empleo a personas con discapacidad a todas aquellas empresas receptoras de contratos públicos, con el fin de paliar la nula acogida que en el mundo empresarial se dispensa a este colectivo. En numerosos casos, entre los que se encuentra el que acabo de apuntar, el Estado social no se caracteriza por ingentes prestaciones puestas al servicio de los colectivos necesitados, sino un cambio en el esquema de valores que incorpora un Estado concreto, que permita situar el eje de estos grupos de personas necesitadas como objetivo de sus políticas,

⁶²⁴ TORRES DEL MORAL, A. en *“El Estado social y la evolución del constitucionalismo social”*. TEROL BECERRA, M y JIMENA QUESADA, L. (directores) *“Tratado sobre protección de derechos sociales”*. Ob. Cit. Pág. 55.

⁶²⁵ HABERMAS, J. *“Facticidad y validez”*. Ob. Cit. Pág. 264.

⁶²⁶ TORRES DEL MORAL, A. en *“El Estado social y la evolución del constitucionalismo social”*. TEROL BECERRA, M y JIMENA QUESADA, L. (directores) *“Tratado sobre protección de derechos sociales”*. Ob. Cit. Pág. 41.

pasando a tener en cuenta el enfoque transversal de estos colectivos en su toma de decisiones, llevando a cabo la aplicación de una política que incide en todos los ámbitos de la sociedad que guarden relación con el mismo. En ocasiones, no se demandará un sistema de prestaciones específico, sino un sesgo particular en el ejercicio de la política, en cuanto administración de los recursos públicos por el Estado; lo que el grupo de personas con discapacidad demanda en el marco del Estado social no son subvenciones, sino disponer de iguales oportunidades que los demás ciudadanos y ciudadanas: una vida inclusiva. Ante la falta de suficientes recursos económicos, no por ello deja de tener la configuración indicada un modelo político en el que se mantiene la perspectiva de consideración de los grupos necesitados que estudio, en una plasmación transversal de la acción del Estado. En el seno del Estado social es donde se puede dar una conciliación de la dialéctica de oposición entre el capitalismo y el colectivismo; las plusvalías generadas en el seno de una economía capitalista van destinadas en parte no a la remuneración del capital, sino a la satisfacción de las necesidades de los grupos de personas necesitadas, como instrumento mismo de permanencia del sistema; dado que el fundamento de ese reparto es la propia dignidad humana de éstos a quienes esa plusvalía va destinada, soporte de la estructura del propio Estado.

HABERMAS postula, finalmente, una superación de ambos paradigmas, el liberal y el del bienestar social, introduciendo uno nuevo que se articula mediante la profundización democrática en el seno de la sociedad y el incremento de la participación de la sociedad civil y el grado de conocimiento del Derecho. Entiende, cuando analiza el segundo paradigma, que se encuentra demasiado unido a los postulados del paradigma liberal, y ahí reside su debilidad⁶²⁷. Comparto esta crítica con el filósofo alemán, en la medida en que sólo se analiza el Estado social desde la perspectiva de la limitación del ámbito de libertad individual que conlleva las medidas de acción positiva que aquél implante; no se destaca, por el contrario, los nuevos ámbitos de libertad que se crean y la mejora de la participación social de los grupos tradicionalmente excluidos, y el efecto de regeneración democrática que ello conlleva. El Estado social, tan vituperado por los políticos y partidarios del

⁶²⁷ HABERMAS, J. *"Between Facts and Norms"*. Ob. Cit. Pág.407.

liberalismo económico a ultranza exige políticas en las que se tenga en cuenta al ciudadano y la ciudadana, y no la retribución al capital; conlleva pues un nuevo paradigma que debe resultar ser implantado en el modelo de Estado, tal como exige la Constitución. Respecto de ello no caben excusas. La crisis del Estado social es un reflejo directo de la propia crisis de la democracia; ésta se demuestra incapaz para garantizar a todos los ciudadanos y ciudadanas el puesto que, como individuos con plenos derechos, merecen tener. Ante esta situación caben sólo dos soluciones: o se hacen oídos sordos y continúa la sociedad democrática con sus deficiencias e injusticia; o se decide una clara regeneración democrática que apueste por la participación plena de la sociedad civil y, en especial, de los colectivos que representan a las personas en riesgo de exclusión.

4.4. Las debilidades del sistema

Una de las cuestiones más debatidas en relación con los derechos sociales es lo que algunos autores sostienen como su débil justiciabilidad. Este concepto significa la posibilidad de que de estos derechos, en caso de incumplimiento, pueda ser reclamada su exacción ante un órgano jurisdiccional. La justiciabilidad no deja de ser sino uno de los aspectos en los que se desenvuelve de forma interna su mecanismo de garantía; su virtualidad se manifiesta asimismo en su eficacia directa, en la existencia de determinadas normas que pueden ser aplicadas por los Tribunales sin necesidad de un desarrollo previo del legislador.

No obstante, en el análisis de esta cuestión, no se puede olvidar que la justiciabilidad no deja de ser un aspecto, pero no el único, mediante el que se configuran las categorías de derechos; decir que para la realización de los derechos, especialmente los derechos sociales, no existe solamente la exigibilidad ante un juez, no pone en modo alguno en entredicho el hecho incontestable de que, en un Estado de Derecho, ello constituye el remedio último para hacer respetar dichos derechos⁶²⁸. Paralelamente, en relación con el tema que estudio, la justiciabilidad consiste en un argumento que, según la

⁶²⁸ ARANDJI-KOMBÉ, J.F. *“La aplicación de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales de los Estados Partes”* en TEROL BECERRA, M y JIMENA QUESADA, L. (directores) *“Tratado sobre protección de derechos sociales”*. Ob. Cit. Pág. 274.

solución por la que se opte, configura los derechos fundamentales como una categoría única de derechos integrada también por los DESC. Guarda relación, pues, con el rango de los derechos, ya que esa justiciabilidad se predica de los derechos fundamentales de forma automática, sin que quepa excepción alguna. ¿Se puede predicar de los DESC lo mismo? Conforme afirmaba Norberto Bobbio, lo importante en relación con los derechos es la cuestión de su garantía y no la de su fundamento⁶²⁹. Para este autor, el Estado resulta tanto más perfecto cuanto mejor garantiza el desarrollo de la libertad individual, de modo que la comunidad política *“no tiene un fin propio, sino que su fin coincide con los múltiples fines de los individuos”*⁶³⁰. Esta idea también se encuentra en la obra de GURVITCH, quien manifestaba que el problema de la eficacia de los derechos proclamados en las declaraciones de derechos, se encuentra unida completamente a las técnicas y a los procedimientos de defensa⁶³¹. Para el profesor FERRAJOLI, la bondad de un sistema constitucional se mide, sobre todo, por tener unos mecanismos de invalidación y reparación idóneos, para asegurar efectividad a los derechos normativamente proclamados, llegando a afirmar que: *“...una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas –es decir, garantías- que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo”*⁶³². Ésta es la situación que transmite la Constitución Española; muy avanzada en lo social, al enunciar derechos muy novedosos, si bien, adolece de mecanismos para garantizar esos mismos derechos, que constituyen un auténtico límite al poder político.

Por decisiones políticas se pueden cercenar estos derechos, sin que surja de esa violación una acción fundamentada, olvidando que los derechos sólo se disfrutaban en la medida en que uno puede ejercerlos⁶³³. Esta afirmación que, en principio, puede parecer una verdad de Perogrullo es la que justifica la

⁶²⁹ BOBBIO, N. “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”, en “El tiempo de los derechos”. Ob. Cit. Pág. 61.

⁶³⁰ PRIETO SANCHÍS, L. “Estudios sobre derechos fundamentales”. Ob. Cit. Pág. 25. Cita de Bobbio, N, “Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant. Giappichelli. Turín. 1969. Pág. 229.

⁶³¹ “Le problème de l’efficacité des droits proclamés para les déclarations, est entièrement lié aux techniques et aux procédures de leur défense”. GURVITCH, G. “La déclaration des droits sociaux”. Ob. Cit. Pág. 42.

⁶³² FERRAJOLI, L. “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”. Ob. Cit. Pág. 852.

⁶³³ En este sentido, HABERMAS, J. “Between Facts and Norms”. Ob. cit. Pág.79.

acción positiva contenida en los derechos que estudio, que exigen acciones positivas para su realización. No basta una mera justicia distributiva, sino la elaboración y desarrollo pleno de una política social efectiva. Trasladada esta realidad a los derechos sociales y, especialmente, a los derechos de las personas con discapacidad, lo cierto es que, como indica el profesor COURTIS: *“algunas dificultades relativas a la justiciabilidad de los derechos sociales en general, y de los derechos de las personas con discapacidad en particular, se han debido a la falta de desarrollo de garantías y, en especial, a la falta de diseño de acciones judiciales adecuadas a las vulneraciones de éstos”*⁶³⁴. No se puede olvidar que los derechos se disfrutan en la medida en que se ejercen; la declaración contenida en el artículo 49, o el propio artículo 9.2 devendría ineficaz si no viniese acompañada de un sistema de garantías para hacerla eficaz. No se puede entender, pues, la declaración efectuada por el legislador constitucional si la misma no viene aparejada de unas medidas de protección. Máxime cuando la protección de las personas con discapacidad resulta lo que el profesor PÉREZ LUÑO denomina una *“zona sensible”*, porque afecta a colectivos que precisan una atención especialmente cualificada, para evitar su marginación o discriminación⁶³⁵.

Por otro lado, la firme recepción de los DESC en los instrumentos internacionales no pueden dejar estos derechos en papel mojado. Sobre la base del artículo 10.2 de la Constitución y el principio de legalidad del artículo 9.3 se sustenta la aplicabilidad de estos derechos ante el poder judicial. Muchas veces se podría pensar que la justiciabilidad o es absoluta, o no es; no obstante, se admiten grados que permiten distinguir desde una *“justiciabilidad mínima”* a una *“justiciabilidad reforzada”*⁶³⁶. No obstante, el sistema político debe aspirar a un nivel de justicia que no quede en un mero nivel formal, sino que su aplicación prevenga situaciones que no resulten equitativas; es decir,

⁶³⁴ COURTIS, C. *“La justiciabilidad de los derechos de las personas con discapacidad”* en DE LORENZO GARCÍA, R y PÉREZ BUENO, LC (directores). *“Tratado sobre discapacidad”*. Ob. Cit. Pág. 799.

⁶³⁵ PÉREZ LUÑO, A. *“Reflexiones sobre los valores de igualdad y solidaridad, a propósito de una Convención Internacional para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad”*. En CAMPOY CERVERA, I. (Director) *“Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas”*. Ob. cit. Pág. 35.

⁶³⁶ ARANDJI-KOMBÉ, J.F. *“La aplicación de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales de los Estados Partes”* en TEROL BECERRA, M y JIMENA QUESADA, L. (directores) *“Tratado sobre protección de derechos sociales”*. Ob. Cit. Pág. 274.

que en la aplicación de la ley no se generen injusticias. Como indica ARISTÓTELES: *“Luego justo y equitativo son lo mismo y, siendo buenos los dos, resulta superior lo equitativo. La dificultad la produce el que lo equitativo es justo, pero no es la justicia legal, sino una rectificación de la justicia legal. La razón es que la ley es toda general, y en algunos casos no es posible hablar correctamente en general...”*⁶³⁷. Por otro lado, el ejercicio de la función jurisdiccional obliga a que la defensa de los derechos sea real y efectiva, no meramente formal; exigencia pura del propio sistema que, en un primer momento, debe ser justo y, en un segundo lugar equitativo.

A fecha de hoy, lo que presenta la difícil justiciabilidad de estos derechos es un círculo vicioso. La falta de reclamaciones en las que se plantea una acción sobre derechos sociales reconocidos a las personas con discapacidad desde la perspectiva de un auténtico derecho fundamental, conlleva una radical disminución de las resoluciones judiciales que se pronuncian sobre esta cuestión, por lo que su relevancia queda perpetuamente devaluada. Como manifiesta PISARELLO, mientras que los derechos civiles y políticos se han beneficiado de una ingente tarea hermenéutica desarrollada por cientos de tribunales de todo el mundo a lo largo de varias décadas, la jurisprudencia internacional sobre casos que involucran derechos sociales es todavía embrionaria y tiene un amplio camino por delante⁶³⁸. No obstante, esta cuestión no guarda relación con la fundamentación de estos derechos que es lo que realmente debería ser precisado por esa misma jurisprudencia, debiendo dar acogida a su reconocimiento cuando la dignidad de la persona se pone en juego. Como pone de manifiesto CABRA DE LUNA, la vulneración de los derechos a la salud, la educación, la vivienda...etc, por razones de discapacidad, abre la posibilidad de ejercer acciones judiciales directas y efectivas⁶³⁹.

Desde este punto de vista que analizo, el Comité DESC entiende que la diferencia entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales no se

⁶³⁷ ARISTÓTELES. *“Ética a Nicómaco”*. Ob. Cit. Pág. 177.

⁶³⁸ PISARELLO, G. /OBSERVATORIO DESC. *“Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción”*. Ob. Cit. Pág. 163.

⁶³⁹ CABRA DE LUNA, M.A. *“Un nuevo contexto para la efectividad de los derechos de las personas con discapacidad”*. En PÉREZ BUENO, L.C. (director). *“Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo”*. Ob. Cit. Pág. 183.

encuentra justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto, insistiendo el Comité que muchas de las disposiciones del Pacto pueden aplicarse inmediatamente. Así, en la Observación general N° 3 (1990) se citaban, a título de ejemplo, los siguientes artículos del Pacto: el artículo 3 (igualdad de sexo en el disfrute de los DESC), el inciso i) del apartado a) del artículo 7 (no discriminación salarial por razón de sexo), el artículo 8 (derechos sindicales), el párrafo 3 del artículo 10 (medidas de protección a niños y niñas y personas adolescentes), el apartado a) del párrafo 2 y del artículo 13, los párrafos 3 y 4 del artículo 13 (libertad de elección por los padres de centro educativo), y el párrafo 3 del artículo 15 (libertad para la investigación científica y creadora)⁶⁴⁰. El Comité insiste en que no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad, por lo que la adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes⁶⁴¹. Principios ambos que figuran recogidos en instrumentos internacionales promotores de los derechos humanos en el ámbito de Naciones Unidas como la Declaración de Teherán (Acta final de la Conferencia Internacional de los derechos del Hombre, Teherán 22 de abril – 13 mayo 1968) que, en su apartado 13 recuerda que: *“Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible. La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social”*. Asimismo en la Declaración y Programa de acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, se afirma en su apartado 5 que: *“Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y*

⁶⁴⁰ Según recopilación publicada en HRI/GEN/1/Rev.7. Ob. Cit. Pág. 17.

⁶⁴¹ Idem. Pág. 62.

equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales". En este mismo sentido, en 1977, en la Resolución 32/130, de 16 de diciembre, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha señalado: *"Todos los derechos humanos son indivisibles e interdependientes; deberá prestarse una atención igual y una consideración urgente a la realización, la promoción y la protección tanto de los derechos civiles y políticos, como de los derechos económicos, sociales y culturales"*. Entendiendo, como pone de manifiesto ESCOBAR ROCA que, por indivisibilidad, debe entenderse igualdad (en cuanto a su atención), entre todos los derechos humanos⁶⁴².

En el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la justiciabilidad de los derechos sociales se ha visto considerablemente reforzada a partir de la entrada del Protocolo 11 en 1998, reconociendo el derecho a presentar demandas individuales directamente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶⁴³. La identificación por las instituciones nacionales de formas apropiadas para hacer que los derechos económicos, sociales y culturales sean justiciables, figura en la agenda de las instituciones internacionales que fiscalizan el reconocimiento efectivo de estos derechos⁶⁴⁴.

Sobre la base de todas estas consideraciones, entiendo que, en el momento actual, no hay base suficiente para argumentar la diferente efectividad que se garantiza a una y otra categoría de derechos. Lamentablemente, en la aplicación de los DESC se entremezclan razones de índole política y presupuestaria, que poco o nada tienen que ver con la

⁶⁴² ESCOBAR ROCA, G. *"Indivisibilidad y derechos sociales: de la Declaración Universal a la Constitución"*. Ob. Cit. Pág. 49.

⁶⁴³ LÓPEZ GUERRA, L. *"La protección de derechos económicos y sociales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos"* en TEROL BECERRA, M y JIMENA QUESADA, L. (directores) *"Tratado sobre protección de derechos sociales"*. Ob. Cit. Pág. 302.

⁶⁴⁴ A este respecto, es destacado el papel del Consejo Internacional para la Política sobre los Derechos Humanos (ICHRP) que cerró sus puertas en febrero de 2012. El legado de 14 años de trabajo del ICHRP figura disponible en el sitio <http://www.ichrp.org/es>. Figura en el informe Desempeño y legitimidad. Resumen de resultados. Versoix (suiza). 2007. Pág. 12.

naturaleza y fundamentación de los derechos. Se podría decir que una insuficiente labor legislativa hubiese dejado sin cobertura normativa, como fuente de primer rango, los derechos de las personas con discapacidad; no obstante, a mi juicio, éste no es el problema. El cuerpo normativo existente en nuestro país resulta muy avanzado y da respuesta a numerosas necesidades que luego, en la práctica, quedan sin respuesta. Por otro lado, como he analizado en el apartado anterior, si el problema reside en la politización de las decisiones administrativas que, ante la escasez de recursos, han decidido darle la espalda al reconocimiento de los derechos sociales, será labor de los Tribunales, en cuanto fuente normativa y sistema de garantías de segundo rango, otorgar a estos derechos la efectividad que merecen. Poniendo por esta vía un límite a la inacción del poder político y las Administraciones Públicas.

CAPÍTULO III- HACIA UNA CATALOGACIÓN ÚNICA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Introducción

El proyecto que planteo, como he indicado en la introducción al trabajo, parte de una necesidad práctica: dar respuesta teórica a la dificultad que, en la aplicación cotidiana, presenta la demanda de efectividad de los derechos en beneficio de determinados grupos de personas vulnerables, como son las personas con discapacidad, facilitando un instrumento útil de interpretación en beneficio de una demanda de vida en igualdad. Bajo el concepto de personas vulnerables he de entender un colectivo que, ya sea por sus condiciones fisiológicas (las personas con discapacidad) o las propias condiciones de un mercado marcadamente liberal (como las personas con discapacidad como consumidores), ven coartada su libre voluntad por la multitud de barreras de todo tipo que la interacción de sus especiales condiciones con la vida en sociedad erige. Parto para ello de la catalogación de los derechos asignados a este colectivo como derechos económicos, sociales, y culturales (en adelante DESC), con el fin de elaborar como tesis la existencia de una única categoría de derechos fundamentales; en virtud de la misma, se les atribuiría a los DESC esta condición en simbiosis con los derechos de libertad tradicionales o derechos de autonomía, y, por ende, su privilegiado sistema de protección.

Este análisis no puede llevarse a cabo exclusivamente desde una aproximación meramente jurídica, ya que el estudio dogmático de los derechos fundamentales presenta habitualmente una interacción de los derechos fundamentales con el poder y, especialmente, con la finalidad de control que sobre el Poder político éstos desempeñan. Ello es así pues mediante la misma se vincula con la atribución originaria a éstos de una función de limitación del poder soberano; el grado de limitación del poder que se atribuye a los derechos fundamentales determina su grado de “*resistencia*” frente a éste. Ésta resulta una de las paradojas esenciales del ordenamiento jurídico, en la medida en que es el propio legislador quien, por medio del proceso de positivización de los

derechos humanos, introduce en el ordenamiento jurídico aquellos elementos en virtud de los cuales se va a auto-limitar el margen de poder atribuido. Parte de este análisis ya lo he efectuado en el capítulo anterior, para ilustrar las dificultades con las que se encuentran los DESC para obtener una justiciabilidad aceptable; cuestión ésta teñida muy frecuentemente de motivos políticos, como ha quedado expuesto.

El análisis de la catalogación como derechos fundamentales de los DESC reconocidos a las personas con discapacidad debe nutrirse, pues, en principio, de una perspectiva política. No obstante, esta circunstancia resulta, a mi juicio, una de las perspectivas de análisis más determinantes en el estudio que deberá someterse a consideración; las mayores dificultades para lograr la integración de una categoría única de derechos fundamentales provendrá, precisamente, del poder político. Superadas históricamente las tesis iusnaturalistas sobre el origen del Derecho, el positivismo persigue la claridad en las fuentes de las normas otorgadas, siendo éstas fruto de la concepción sobre el poder imperante en un Estado concreto; busca el origen del Derecho no en unos valores preexistentes, sino en la voluntad del Poder soberano: el Parlamento, que desempeña en las democracias constitucionales el poder legislativo. El legislador plasma en el Derecho su concreta concepción de la sociedad a la que pasa a regular mediante las normas que dicta. Esta concepción resulta fruto de la herencia histórica de la comunidad que se plasma en las distintas instituciones de un ordenamiento jurídico y, como es lógico, también se extiende a los derechos fundamentales.

Fruto de este espíritu, el legislador constituyente español recogió en el Título I de la Constitución Española un sistema de limitación del Poder político, en virtud del cual, se establecía de forma diferenciada tres grupos de derechos, con, como punto de partida, un distinto grado de resistencia: los derechos fundamentales y libertades públicas recogidos en la sección 1ª, capítulo II; derechos y deberes de los ciudadanos, recogidos en la sección 2ª del mismo capítulo; los principios rectores de la política social y económica del capítulo III. De conformidad con lo que dispone el artículo 53 del texto constitucional, sólo los derechos recogidos en el Capítulo II tienen carácter inmediatamente exigible, es decir, de los mismos se deducen derechos subjetivos que representan posiciones e intereses que pueden ser exigidos ante los

Tribunales. Paralelamente, las leyes que desarrollen estos derechos deben respetar su contenido esencial, a modo de núcleo indisponible para el legislador. De entre éstos, sólo los recogidos en la sección 1ª acceden al privilegiado recurso de amparo. Los derechos instituidos en el Capítulo III, en un principio, sobre la base de este perfil, carecen de eficacia, no resultan directamente exigibles, sino en función de la promulgación de leyes que los desarrollen. No se encuentran en la privilegiada categoría de derechos fundamentales de los que quedan excluidos. El texto normativo habría plasmado, por lo tanto, un diferente tratamiento legislativo entre los denominados derechos civiles y políticos, y los DESC, denominación que se acuña para los derechos del Capítulo III.

La cuestión no es baladí, ya que aquí radica uno de los retos más importantes del constitucionalismo moderno; a la vez, entiendo, la aplicación de una tesis como la que planteo conlleva, *“prima facie”*, un cambio en el modelo clásico de Estado, caracterizado por el hecho de que los derechos libertad, de contenido negativo, han absorbido todo el poder coactivo de éste. La dificultad del planteamiento resulta, a todas luces, palmaria, siendo una de los retos de mayor calado práctico que se plantea al constitucionalismo moderno. Como razona ALEXY en el párrafo que reproduzco literalmente a continuación: *“La pregunta de si, y en qué medida, a las disposiciones de los derechos fundamentales deben adscribirse normas que confieren derechos prestacionales en sentido amplio, es uno de los asuntos más discutidos en la dogmática actual de los derechos fundamentales”*⁶⁴⁵. Además resulta una cuestión netamente teñida de profundas consideraciones ideológicas⁶⁴⁶, como he indicado anteriormente, por lo que se podrán derivar distintas conclusiones en función de cuál sea el punto de partida.

La pugna inicial entre dos modelos de Estados distintos, un modelo liberal o el del Estado del Bienestar, se resuelve en favor de la aparición de posibles estadios intermedios entre uno u otro, en los que se da diferente intensidad de protección a los DESC en función del modelo final implantado, tal

⁶⁴⁵ ALEXY, R. *“Teoría de los derechos fundamentales”*. Ob. Cit. Pág. 383.

⁶⁴⁶ En este mismo sentido DE ASIS ROIG, *“Sobre la interpretación de los derechos sociales”* en RIBOTTA, S y ROSSETTI, A. (editores). *Los Derechos sociales en el Siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*. Ob. Cit. Dykinson. 2010. Pág. 73.

como he expuesto en el Capítulo anterior. Asimismo, la vinculación de estos derechos con la categoría de derechos fundamentales, permite superar la variabilidad que las concepciones realistas o idealistas de las necesidades humanas introducen en la concepción del bienestar del ser humano y su calidad de vida; precisamente, el carácter absoluto de los derechos fundamentales, como indico en este capítulo, otorga estabilidad a los planteamientos que se hacen bajo la indicada categoría.

Mediante el análisis de la cuestión de estudio que planteo propongo dar una respuesta a la fundamentación de una categoría única de derechos fundamentales, integrada por los derechos de autonomía, los derechos individuales de contenido civil y político, y los de prestación, los DESC, estrictamente desde un punto de vista fundamentalmente dogmático. Pretendo, pues, aportar un discurso que contribuya a avanzar en el consenso social sobre una cuestión básica para las necesidades esenciales de las personas con discapacidad. En el enfoque que planteo me voy a centrar, como ha quedado dicho anteriormente, en la protección especial que el ordenamiento jurídico brinda a un grupo humano con necesidades especiales, del que surge un riesgo permanente de exclusión: las personas con discapacidad.

Como esquema de trabajo de este capítulo, voy a esbozar en los primeros apartados las cuestiones doctrinales más candentes que sobrevuelan la tesis que planteo. A continuación, se desarrollan las posiciones doctrinales en cuya virtud se dificulta la integración de los DESC como derechos fundamentales, que analizaré con una visión crítica, destacando aquellos elementos de juicio y posiciones doctrinales que contradicen los argumentos contenidos en esas teorías; por último, una serie de argumentos que, analizando el mismo objeto de estudio anterior, fundamentan la elaboración de una categoría conjunta integrada por unos y otros. En ambos grupos sistematizo el análisis partiendo de los dos ejes habituales de estudio: el concepto y fundamento de los derechos fundamentales. No obstante, dado que el presente estudio no persigue la finalidad de elaborar un análisis exhaustivo del problema, se aborda con la liberalidad que representa el utilizar conjuntamente otros aspectos de la teoría de los derechos, como su análisis histórico, u otros propios de la teoría jurídica.

Si como manifiesta HABERMAS las pretensiones normativas deben sustentarse en dos factores: la convicción y la sanción⁶⁴⁷, ante el escaso resultado que el régimen sancionador que preveía la LIONDAU ha obtenido, he de trabajar, sobre todo, en el primero de los dos aspectos apuntados. Generar argumentos jurídicos para que cale en la sociedad la imperiosa necesidad del respeto de los derechos de este colectivo, ya que, como apunta este autor alemán: *“La imposición duradera de una norma también depende de si en un contexto tradicional pueden aportarse razones que alcancen a hacer aparecer cuando menos como justificada la pretensión de validez a los ojos de los destinatarios”*⁶⁴⁸. Aquí es donde, en un esfuerzo de autocrítica, no se ha explicado suficientemente por el grupo de personas con discapacidad los motivos por los que el respeto de sus derechos es básico, y cuáles son los intereses en juego. Resulta una demanda de participación activa en la sociedad, y no de un mero paternalismo. Modestamente, éste es el objetivo al que pretendo contribuir con el presente estudio.

1.1. La insuficiencia de un catálogo constituido exclusivamente por derechos civiles y políticos

Los derechos fundamentales constituyen en sí mismos, desde el punto de vista interno, un subsistema dentro del ordenamiento jurídico. La atribución de este carácter conlleva la existencia de un entramado de relaciones orgánicas e instrumentos jurídicos mediante los que se solucionan las posibles incidencias que puedan surgir durante la vida jurídica de estos derechos. Desde su vertiente de institución jurídica, los derechos fundamentales dan respuesta a una determinada necesidad social, conforme a la configuración que a la misma ha dado el legislador constitucional; se trata, como decía en la introducción anterior, de una decisión impregnada de contenido político.

Resulta preciso distinguir en el contenido de todo derecho fundamental un doble aspecto: subjetivo y otro objetivo. El subjetivo enlaza directamente con la esfera de libertad del individuo contenida en el propio derecho; el objetivo, que también se encuentra en éste, *lo hace sirviendo al individuo como*

⁶⁴⁷ HABERMAS, J. *“Conciencia moral y acción comunicativa”*. Ed. Trotta. 2008. Pág. 72.

⁶⁴⁸ Idem. Págs. 72-73

*miembro de una totalidad de individuos*⁶⁴⁹. Lo que conlleva, en un principio, el otorgamiento de determinados derechos a la sociedad. Como indica BOBBIO⁶⁵⁰ en la sociedad de hoy para la vida y la supervivencia del hombre no bastan los llamados derechos fundamentales, como la vida, la libertad y la propiedad. Si los individuos carecen de las condiciones sociales mínimas para el ejercicio y disfrute pleno de esos derechos, su mero reconocimiento resulta insuficiente. Esta conclusión ya se aventuraba en la obra de algunos precursores del socialismo, como Louis Blanc, para quien su manera de entender la libertad como capacidad, implicaba considerar la propiedad de determinados medios materiales como condición de la libertad y la independencia de los individuos⁶⁵¹.

Según el propio Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los DESC han sufrido un grado de recepción distinto en el ordenamiento jurídico nacional e internacional respecto de los derechos civiles y políticos, habiendo éstos sido objeto, en muchos sentidos, de mayor atención, codificación jurídica e interpretación judicial, habiéndose grabado en la conciencia pública en mucho mayor grado que los derechos económicos, sociales y culturales. A esto se debe que, a veces, se suponga erróneamente que sólo los derechos civiles y políticos (es decir, el derecho a un juicio justo, el derecho a la igualdad de trato, el derecho a la vida, el derecho de voto, el derecho a no ser objeto de discriminación, etc.) pueden ser objeto de infracción, de medidas de reparación y de escrutinio jurídico internacional. A menudo se considera que los derechos económicos, sociales y culturales son en la práctica "*derechos de segunda clase*" inaplicables, no sometidos a los tribunales y que sólo se irán cumpliendo "*progresivamente*" con el tiempo. Sin embargo, esta manera de ver las cosas pasa por alto un postulado del sistema global de derechos humanos que se formuló ya en 1948 con la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y según el cual la indivisibilidad e interdependencia de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos, sociales y culturales son principios fundamentales de la

⁶⁴⁹ ALEXY, R. "*Teoría de los derechos fundamentales*". Ob. Cit. Pág. 437.

⁶⁵⁰ BOBBIO, N. "*El tiempo de los derechos*". Ob. Cit. Págs. 120 ss

⁶⁵¹ GONZÁLEZ AMUSCHATEGUI, J. "*Louis Blanc y los orígenes del socialismo democrático*". CIS. 1989. Pág. 292.

legislación internacional de derechos humanos⁶⁵². Así lo ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia Airey contra Irlanda de fecha 9 de octubre de 1979, en cuyo apartado 30 declara que el artículo 14 (no discriminación) no tiene una existencia independiente, ya que constituye un elemento concreto de cada uno de los derechos garantizados por el Convenio. Por otro lado, el ejercicio de la función jurisdiccional da lugar a que la cuestión debatida sea analizada en su totalidad, incluso aquellos aspectos sociales que inciden en la cuestión de fondo. Por ello, la tradicional distinción entre una y otra categoría desaparece. Como manifiesta el Juez del TEDH don Luis López Guerra, si bien el Convenio (se refiere al Convenio Europeo de Derechos Humanos) no es una declaración de derechos sociales sustantivos, la proyección de sus mandatos sobre la efectividad de estos derechos puede encontrarse en una dimensión añadida a su proyección directa (en cuanto que los derechos sociales son englobables en derechos civiles clásicos) e indirecta (en cuanto que derechos integrantes de normas procesales pueden suponer instrumentos de garantía de derechos sociales); se trata de lo que llama una proyección refleja: es decir, de los efectos sobre los derechos sociales de aquellas eventuales limitaciones a derechos civiles que se encuentran específicamente reconocidas en el Convenio⁶⁵³. Es decir, la toma en consideración de determinadas cuestiones sociales, a la hora de establecer limitaciones a los derechos civiles. Es una muestra más de la interdependencia de los derechos civiles y derechos sociales, en el entorno del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Una catalogación de los derechos fundamentales basada exclusivamente en los derechos de autonomía, supondría generar un “*impasse*” regresivo en el proceso de evolución histórica de los derechos fundamentales, que ha estado centrado mayoritariamente en el modelo liberal y democrático de derechos, habiendo casi relegado al olvido aquellos derechos fundamentales que han sido generados en etapas posteriores de este proceso evolutivo, como el modelo socialista y el de los derechos de cuarta generación. Estas dos

⁶⁵² Folleto informativo No.16 (Rev. 1) - Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponible en http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs16_sp.htm#rig.

⁶⁵³ LÓPEZ GUERRA, L. “*La protección de derechos económicos y sociales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*” en TEROL BECERRA, M y JIMENA QUESADA, L. (directores) “*Tratado sobre protección de derechos sociales*”. Ob. Cit. Pág. 310.

últimas fases, como la más reciente del neo-constitucionalismo o los derechos de tercera generación, que serán analizados más adelante, han permitido avanzar no sólo en cuanto a la extensión de los derechos a grupos de titulares no beneficiados por los dos grupos iniciales indicados, sino también en la incorporación de nuevos catálogos de derechos, como el medio ambiente o el desarrollo, que figuran incluidos en los modernos textos constitucionales y en los instrumentos internacionales. Por otro lado, como apunta GARCÍA MACHO, la contraposición entre derechos de libertad liberales y derechos fundamentales sociales es relativa y gradual, ya que los derechos fundamentales clásico-liberales necesitan de una interpretación social, si no quieren ser ineficaces en la realidad de la sociedad actual⁶⁵⁴; se introduce así una perspectiva de estudio esencial en el análisis que efectúo: el sistema democrático no puede prescindir de la inclusión en el esquema teórico de los derechos fundamentales de los DESC, por su mera supervivencia.

De esta manera, teniendo en cuenta el carácter histórico y evolutivo de la institución jurídica que analizo, no se puede desconocer que la evolución de la sociedad moderna alcanza un cada vez mayor grado de complejidad; la sociedad de mercado, llevada por el sistema económico liberal imperante, genera un “*mayoritarismo*”⁶⁵⁵, en cuya virtud las minorías y sus necesidades pueden verse relegadas a un segundo plano, a la vez que la diferencia social respecto de los grupos sociales mayoritarios y económicos se acrecienta. Es a lo que se refería MILL con el concepto “*tiranía social*”, respecto de la que manifestaba: “...No basta, pues, con una simple protección contra la tiranía del magistrado. Se requiere, además, protección contra la tiranía de las opiniones y pasiones dominantes; contra la tendencia de la sociedad a imponer como reglas de conducta sus ideas y costumbres a los que difieren de ellas, empleando para ello medios que no son precisamente las penas civiles...”⁶⁵⁶. Frente a esta situación, los derechos fundamentales han de perseguir el mismo anhelo de justicia que nutre el resto del ordenamiento jurídico; pero la idea de

⁶⁵⁴ GARCÍA MACHO, R. “*Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*”. Ob. Cit. Págs. 213-214.

⁶⁵⁵ “... la democracia no debería ser entendida como un mero mayoritarismo”; esta es la posición que recoge NUSSBAUM, abogando por una mayor división de poderes y una influencia social incrementada respecto de determinados colectivos perpetuamente excluidos. En este sentido, NUSSBAUM, M.C. “*Crear capacidades*”. Ob. Cit. Pág. 210.

⁶⁵⁶ Mill, J.S “*Sobre la libertad*”. Ob. Cit. Pág. 10.

justicia que persigue la institución no puede tratarse de una mera justicia formal que, en realidad, vaya a ser disfrutada por unos pocos. Resulta un hecho incuestionable hoy en día que las barreras tecnológicas y sociales impiden a determinados grupos sociales vulnerables el pleno ejercicio de sus derechos políticos; resultan excluidos de su disfrute; por otro lado, existe una necesidad de preservar la aplicación efectiva de las reglas de la competencia, con el fin de mantener cuotas de libertad en la esfera de decisión de los individuos que, en todo caso, el Estado debe garantizar.

Haciéndose eco de esta situación, NUSSBAUM analiza la causa que pudiera haber dado lugar a ella y encuentra como motivo para esta situación que, por ejemplo, el colectivo de personas con discapacidad no hubiese quedado incluido en el grupo para quienes los principios hubiesen sido elegidos⁶⁵⁷, y ello convierte la situación apuntada en un problema de justicia. Como indica AÑÓN: *“La transición del hombre natural al hombre civilizado no significa otra cosa que el paso de las necesidades naturales, consistentes con los valores de igualdad y libertad, a las artificiales que producen desigualdad y falta de libertad y, por tanto, el paso desde el estado de naturaleza como momento en que las necesidades y sus medios de satisfacción se encuentran en equilibrio, como condición de la felicidad”*⁶⁵⁸. Resulta muy ilustrativa la distinción que recoge la profesora de la Universidad de Valencia en la obra citada, en la que, comentando el desarrollo de A. Heller sobre Marx distingue entre dos conceptos relacionados: *“necesariedad”* y *“obligación”*. Si la exigencia de actuar tiene su origen en la naturaleza física u orgánica nos moveríamos en el ámbito de la *“necesariedad”*; si la motivación de la actuación tiene un origen social, la necesidad adquiere el carácter de obligación y relega el papel de los instintos⁶⁵⁹. Las barreras a las que se enfrenta el grupo social que analizo tienen un marcado origen social y, por lo tanto, sobre la base de la distinción apuntada, carácter obligatorio. Lo que planteo no son meros caprichos, sino auténticas necesidades básicas, imprescindibles para el desarrollo de la personalidad de sus miembros; la importancia de la asistencia como un bien

⁶⁵⁷ “The fact that they are not included in the group of choosers means that they are not included (except derivatively or at a later stage) in the group of those for whom principles are chosen”. NUSSBAUM, M.C. *“Frontiers of Justice”*. Ed. The Belknap Press of Harvard University Press. 2006. Pág. 16.

⁶⁵⁸ AÑÓN ROIG, M.J. *“Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación”*. Ob. Cit. Pág. 48.

⁶⁵⁹ Idem. Pág. 71.

social primario, como apunta Martha Nussbaum⁶⁶⁰. Según razona el profesor PECES-BARBA en el párrafo literal que reproduzco: *“Los derechos económicos, sociales y culturales, pretenden igual que los restantes tipos de derechos fundamentales anteriores, favorecer en la organización de la vida social el protagonismo de la persona, pero no parte de la ficción, en que se basan los restantes derechos de que basta ostentar la condición humana para ser titulares de los mismos, sino que intentan poner en manos de los desfavorecidos instrumentos para que, de hecho, en la realidad, puedan competir y convivir como personas con los que no tienen necesidad de esas ayudas”*⁶⁶¹. De acuerdo con lo que expresa el fallecido profesor de la Universidad Carlos III, se podría extraer como conclusión la pertenencia de estos derechos a una misma categoría, si bien participando de un enfoque distinto en relación con las necesidades que satisfacen el subsistema de derechos.

Sobre esa base sociológica, muy acertadamente FERRAJOLI analiza el papel de los derechos fundamentales en el sistema democrático, y contrapone una concepción de democracia formal a la democracia sustancial, en la que manifiesta que: *“...los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer”*⁶⁶². Los dos ámbitos que apunta el autor italiano son, pues, producto del Estado de derecho y del funcionamiento de un sistema democrático. Ante esta necesidad, el ordenamiento jurídico debe reaccionar, garantizando la conexión del sistema con las particulares necesidades de los ciudadanos, con el fin de satisfacer un nivel mínimo de justicia. En las declaraciones primigenias de los derechos humanos, éstas garantizaban un mínimo de libertad frente al poder absoluto del soberano; por ello, en aquel momento histórico, un esquema basado exclusivamente en los derechos de libertad resultaba suficiente; hoy en día, la situación es muy distinta. Garantizado un nivel de libertad para todas las personas a través de los textos

⁶⁶⁰ “...and because it also requires emphasizing the importance of care as a social primary good...”. NUSSBAUM, M.C. *“Frontiers of Justice”*. Ob. Cit. Pág. 2.

⁶⁶¹ PECES-BARBA, G. *“Derechos sociales y positivismo jurídico”*. Ob. Cit. Pág. 64.

⁶⁶² FERRAJOLI, L. *“Derechos y garantías. La Ley del más débil”*. Ob. Cit. Págs. 23-24.

constitucionales e internacionales, ese esquema inicial resulta claramente insuficiente. Como afirma QUEL LÓPEZ: *“Es tiempo de ahondar en los sistemas de control en el convencimiento de que gran parte de los derechos civiles y políticos no pueden concebirse en plenitud si no se garantizan los derechos económicos, sociales y culturales de los que dependen en una concepción indivisible del conjunto del entramado de protección”*⁶⁶³. La garantía de un catálogo de derechos fundamentales abierto a los DESC, resulta pues un requisito para la subsistencia del subsistema de los derechos fundamentales como contenido normativo justo. Siguiendo el razonamiento del profesor PECES-BARBA el argumento del reconocimiento de la conexión de los DESC con la generalización de los derechos políticos resulta el primer argumento para defender su inclusión en la categoría genérica de los derechos fundamentales⁶⁶⁴.

A partir de aquí, el subsistema de derechos no quedaría abierto sólo a los Estados, sino que también debería incidir en la esfera de libertad de los particulares. Haciendo más las palabras de PÉREZ HUALDE para justificar su propuesta de servicio universal: *“No se trata ya de derechos que se ejercen <contra> el o los Estados o <ante> el o los Estados, sino que es necesario garantizarlos también frente a otros actores no menos poderosos que esos Estados. El reconocimiento de la igualdad o el derecho a la libertad –como negación de la esclavitud- deben ser hoy defendidos también ante los grupos económicos que, en muchos casos –como dijimos-, exceden el poder de los Estados”*⁶⁶⁵. Es la denominada por ROSSETTI horizontalidad de los derechos humanos⁶⁶⁶, ya sea con un grado de exigibilidad que puede adoptar una perspectiva directa o indirecta. Ya he analizado anteriormente el alcance de ese valor horizontal, impuesto, por otro lado, por el principio de solidaridad.

Como manifiesta HAYEK en defensa de su concepción liberal: *“...donde una competencia efectiva puede crearse, es la mejor forma de guiar los*

⁶⁶³ QUEL LÓPEZ, F.J. *“Hacia la eficacia de los derechos económicos, sociales y culturales”*, en EMBID IRUJO, A. *“Derechos económicos y sociales”*. Ed. Iustel. 2009. Págs. 308-309.

⁶⁶⁴ PECES-BARBA, G. *“Derechos sociales y positivismo jurídico”*. Ob. Cit. Pág. 57.

⁶⁶⁵ PÉREZ HUALDE, A. *“El sistema de derechos humanos y el servicio universal”* en EMBID IRUJO, A. (Director) *“Derechos económicos y sociales”*. Ob. Cit. Pág. 103.

⁶⁶⁶ ROSSETTI, A. *“Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales”* en RIBOTTA, S y ROSSETTI, A. *“Los Derechos sociales en el Siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia”*. Ob. Cit. Pág. 118.

*esfuerzos individuales que ninguna otra*⁶⁶⁷. Partiendo de esta afirmación no pretendo confrontar uno u otro grupo de derechos, sino abogar por la aplicación conjunta en aras a la satisfacción de los intereses individuales y sociales que protegen. Establezco así uno de las líneas directrices del planteamiento que esbozo en este trabajo: la interrelación de los DESC con la dignidad de la persona, es decir, otorgar a los individuos los instrumentos jurídicos adecuados, incluso protectores o de acción positiva, con el fin de que puedan aspirar, por medio de la puesta en práctica de sus propias habilidades personales, a lograr el pleno desenvolvimiento de su personalidad. No obstante, la incorporación de este valor supremo en que consiste la dignidad humana al ordenamiento jurídico, fundamenta una línea de acción diferente al liberalismo clásico. Por ello, la única objeción que se puede hacer a la tesis del profesor Hayek es que no puede alcanzarse el objetivo que apunta con mantener un mero ámbito de libertad negativa logrado mediante la abstención del Estado. Se precisa en algunos ámbitos, con mayor crudeza, una esfera de intervención activa de los poderes públicos, incluso con prestaciones positivas que permitan mantener las cuotas de libertad en las decisiones de los individuos que el Estado debe, en todo caso, garantizar. Las tres categorías de derechos civiles, políticos y sociales formarán parte, pues, un todo formado por los derechos intrínsecos al individuo que le son reconocidos en cuanto ciudadano o ciudadana de un Estado; en un sistema en el que cada uno de dichos elementos contribuye a la perfecta realización del individuo. Siguiendo así la máxima establecida por ROUSSEAU, conforme a la cual: *“Todo hombre tiene por naturaleza derecho a todo aquello que le es necesario”*⁶⁶⁸; los derechos sociales son una categoría que, junto con los derechos civiles y políticos, componen una visión integral de los derechos del hombre, de tal forma que existe entre ambos grupos una interdependencia tal que la quiebra de alguno de ellos conlleva un perjuicio en los otros⁶⁶⁹.

En este contexto, el análisis de los derechos de las personas con discapacidad no puede quedar enfocado, pues, de forma exclusiva en los

⁶⁶⁷ “...where effective competition can be created, it is a better way of guiding individuals efforts than any other”. HAYEK, F. *“The road to serfdom”*. The University of Chicago Press. 1972. Pág. 36.

⁶⁶⁸ ROUSSEAU, J.J. *“El contrato social o Principios de derecho político”*. Ed. Tecnos. 4ª ed. 2000. Pág. 21.

⁶⁶⁹ MARTÍNEZ DE PISÓN, J. *“Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales”*. Ob. Cit. Pág. 206.

derechos de libertad. Por ello, los derechos civiles y políticos deben reinterpretarse a la luz de los derechos sociales de dos modos: conectándolos con el principio igualdad, e insertando contenidos prestacionales en los mismos⁶⁷⁰. Por ello, como propone BOTTOMORE, con el fin de evitar los problemas que suscita la dicotomía ciudadanía formal-material, deben ser analizados todos ellos bajo una concepción general de los derechos humanos⁶⁷¹. Los derechos sociales, por tanto, deben ser reconocidos como derechos fundamentales porque aseguran los requisitos mínimos de una vida digna y son presupuesto del ejercicio de los derechos fundamentales civiles y políticos⁶⁷².

1.2. La falta de un consenso sobre la exigibilidad de determinados derechos

Doctrinalmente, el concepto y fundamento de los derechos fundamentales figura unido a una determinada concepción sobre su exigibilidad. La pregunta sobre si es obligatorio el Derecho, ha tenido respuestas muy diversas; destacamos algunas, tales como la vinculación de la idea de Derecho con el uso de la fuerza que propugna Alf Ross⁶⁷³; con la motivación interna que actúa como razón o causa de la acción que mantiene Hart⁶⁷⁴; con los principios o directrices básicas que inspiran el ordenamiento jurídico en su conjunto, como efectúa Dworkin⁶⁷⁵. Las respuestas son dispares y sin una línea argumental unitaria.

En lo que sí parece haber coincidencia, es en afirmar que el Derecho, en cuanto principio práctico-formal, por sí mismo no resulta vinculante, sino que debe acompañarse de otras razones o motivos de justicia que no se

⁶⁷⁰ ESCOBAR ROCA, G. *“Indivisibilidad y derechos sociales: de la Declaración Universal a la Constitución”* en TEROL BECERRA, M y JIMENA QUESADA, L. (directores) *“Tratado sobre protección de derechos sociales”*. Ob. Cit. Pág. 80.

⁶⁷¹ MARSHALL, T.H. y BOTTOMORE, T. *“Ciudadanía y clase social”*. Ob. Cit. Pág. 136.

⁶⁷² ANTJXUSTEGUI IGARTUA, E. *“Ciudadanía y derechos sociales”*. Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales. UPV. N° 22. 2010. Págs. 159-160.

⁶⁷³ *“Un orden jurídico nacional es un cuerpo de reglas concernientes al uso de fuerza física....la relación entre Derecho y la fuerza se define de otro modo: el derecho...está constituido por reglas que están respaldadas por la fuerza”*. ROSS, A. *“Sobre el Derecho y la Justicia”*. Ed. EUDEBA. 1994. Pág. 51.

⁶⁷⁴ *“...dondequiera haya un sistema jurídico es menester que exista alguna persona o cuerpo de personas que emitan órdenes generales respaldadas por amenazas y que esas órdenes sean generalmente obedecidas, y tiene que existir la creencia general de que estas amenazas serán probablemente hechas efectivas en el supuesto de desobediencia”*. HART, H.L. *“El concepto del Derecho”*. Ed. Abeledo-Perrot. 2007. Pág. 32.

⁶⁷⁵ DWORKIN, R. *“Los derechos en serio”*. Ed. Ariel Derecho. 2010. Pág. 72.

encuentran en él. Como propone LAPORTA: *“La obligatoriedad del derecho se produce cuando sus normas, además de su mera condición de jurídicas cumplen algunos otros requisitos ulteriores de carácter muy variado y complejo”*⁶⁷⁶. Todas estas teorías y posiciones doctrinales han pretendido dar respuesta a esa misma pregunta; según cuál sea esa respuesta, ésta también nos informará igualmente sobre la posición que adoptemos en relación con los DESC, como en relación con las restantes categorías de derechos. El fundamento que se otorga a la exigibilidad del ordenamiento resultará el mismo para abonar la respuesta de por qué los DESC son igualmente exigibles.

Si se repasa nuestra historia constitucional resulta fácilmente perceptible que del catálogo de los derechos y deberes contenidos en el Título I de la Constitución Española, bajo la denominación *“de los derechos y deberes fundamentales”*, los denominados *“principios rectores de la política social y económica”* recogidos en el Capítulo III, son los únicos cuya conciencia de exigibilidad no ha calado en nuestra sociedad. Independientemente de razones históricas, subyacentes en las tesis liberales de los derechos fundamentales, afortunadamente ya superadas, lo cierto es que el legislador ha tardado, o no ha formalizado todavía en algunos casos, en llevar a cabo el pleno desarrollo legislativo sin el cual, en principio, su exigibilidad queda en entredicho.

Esta cuestión práctica, a mi modo de ver, no es sino el fruto de una determinada concepción de la Filosofía del Derecho, propia de una herencia liberal de corte kantiano, teñida de un marcado individualismo, tal como ha perdurado en el siglo pasado, y que ha generado una concepción de la justicia de tinte igualitarista, según la cual se pretendería generar principios de justicia formales que resultasen aplicables a todas las personas por igual, como único objetivo exigido al ordenamiento jurídico. Para el profesor PECES-BARBA, ha sido esa tradición liberal la que ha identificado los derechos desde un punto de vista estructural y no funcional, lo que se ha traducido en la no incorporación al concepto de los derechos fundamentales de los DESC⁶⁷⁷.

Al mismo tiempo, este resultado es el fruto también de una concepción rígida sobre el texto constitucional, generada en España, fundamentalmente, por autores constitucionalistas y administrativistas. Entre ellas, destaco la del profesor

⁶⁷⁶ LAPORTA, F. *“Entre el Derecho y la Moral”*. Ob. Cit. Pág. 38.

⁶⁷⁷ PECES-BARBA, G. *“Derechos sociales y positivismo jurídico”*. Ob. Cit. Pág. 133.

GARRIDO FALLA. Este ilustre administrativista califica como normas perfectas las del Capítulo II del Título I y, por el contrario, normas imperfectas por su estructura, las del Capítulo III, de las que predica que no son normas jurídicas directamente aplicables⁶⁷⁸. No obstante estas tesis negatorias, por la fecha en que fueron elaboradas, dan la espalda a importantes avances de la dogmática jurídica que se han producido, en relación con los derechos fundamentales. Resulta preciso actualizar los preceptos contenidos en el Título I de nuestra Constitución, a la luz de la situación socio-económica del Siglo XXI. Para ello, no es necesario realizar una intervención de alquimista, basta con utilizar sabiamente los elementos que nos brinda el propio texto constitucional y la profusa elaboración doctrinal sobre la materia. Entiendo que la cuestión no es baladí, en la medida en que se pone en juego la propia subsistencia del modelo social contemporáneo; que sepa adaptarse a los nuevos retos que se nos plantea. No obstante, debe adoptarse como punto de partida que la exigibilidad resulta inherente a la propia noción de derecho: todos los derechos resultan, en sí mismos, exigibles, o no son derechos.

El proceso de positivización de los derechos fundamentales ha traído consigo que éstos dispongan de una vida jurídica al margen de su reconocimiento efectivo final; no obstante, resulta básico para la pervivencia de estos derechos que, como razona ALEXY: “...no dependa exclusivamente de la exigibilidad judicial cualquiera que sea la forma como ésta sea descrita...”⁶⁷⁹; de la misma forma que la coacción no puede quedar, sin más, como un rasgo definitorio básico de las normas jurídicas, a lo que estamos habitualmente acostumbrados. En este mismo sentido, el profesor LAPORTA destaca que hablar sólo de derechos cuando se dispone de los recursos necesarios para la puesta en marcha del aparato institucional de la fuerza es el producto de una confusión⁶⁸⁰.

No obstante, una de las mayores críticas que se formula a la exigibilidad de los DESC deriva, precisamente, de la redacción del artículo 53.3 de la Constitución Española; fundamento constitucional del ámbito de exigibilidad de los derechos reconocidos en el Texto. Según el indicado artículo, los DESC

⁶⁷⁸ GARRIDO FALLA, F y otros. “Comentarios a la Constitución”. Ob. Cit. Pág. 32.

⁶⁷⁹ ALEXY, R. “Teoría de los derechos fundamentales”. Ob. Cit. Pág. 456.

⁶⁸⁰ LAPORTA, F. “Sobre el concepto de derechos humanos”. Ob. Cit. Pág. 28.

sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollan. No obstante, resulta fácil percibir que este requisito de desarrollo no resulta exclusivo de los DESC, sino de todos los derechos integrados en el subsistema de los derechos fundamentales; este sentido es compartido por autores como ARA quien, en relación con esa característica, declara: “...la idea general de que los derechos clásicos liberales presentan dificultades semejantes a los derechos sociales, pues también sugieren la posibilidad de que su titular exija del Estado la realización de una prestación efectiva encaminada a protegernos de hipotéticas acciones que puedan vulnerarlos o a atribuirnos posiciones relevantes a hacer efectivos los derechos”⁶⁸¹. Se puede ver, pues, cómo una de las más utilizadas razones en contra de la exigibilidad de los DESC desaparece; los problemas derivados de la defensa de estos derechos o la aplicación de normas de conflicto cuando entran en colisión distintos derechos de igual naturaleza resulta un problema común que, en modo alguno, resulta propio exclusivamente de las libertades de naturaleza política. Respecto del primer aspecto, cabe la denuncia de vulneración de un derecho social cuando se crea una situación de lesión al principio de igualdad; este sistema de reclamación resulta perfectamente válido, como se deduce del FJ 5º y 6º de la STC 103/1983, de 22 de noviembre, aunque referido a un supuesto de discriminación por razón de sexo. Cabe asimismo el ejercicio de los derechos ante la falta de asunción por el legislador de la obligación de promulgar la norma de desarrollo de los derechos, lo que impide a los administrados el ejercicio de éstos (STC 31/1994, de 31 de enero; 47/1994, de 16 de febrero; 98/1994, de 11 de abril; 240/1994, de 20 de julio; 281/1994, de 17 de octubre; 307/1994, de 14 de noviembre; 88/1995, de 6 de junio; todas ellas en relación con el sector de las telecomunicaciones). Asimismo, cuando la carga ha sido asumida por el legislador, pero sólo de manera parcial; a esta necesidad atiende, en el supuesto del derecho a la salud, el procedimiento de reintegro de gastos médicos ocasionados por la atención al margen del Sistema Nacional de Salud, regulado por el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el

⁶⁸¹ ARA PINILLA, I. “Las transformaciones de los derechos humanos”. Tecnos. 1990. Pág. 99.

procedimiento para su actualización (art. 4.3). Se puede fácilmente colegir que mecanismos existen; sólo hay que tener una voluntad clara de ponerlos en marcha.

En este mismo sentido, la supuesta imperfección de los DESC tampoco resulta un problema exclusivo de esta categoría de derechos, pues, como manifiesta SEN: “...*las obligaciones indeterminadas no son por ello menos obligaciones. Pertenecen a una importante categoría de deberes que Kant llamaba obligaciones imperfectas y que pueden coexistir con otros imperativos mejor definidos como las obligaciones perfectas*”⁶⁸². El autor indio, para quien los DESC son fuente habitual de obligaciones, aunque imperfectas, manifiesta al respecto: “...*rechazar las exigencias de los derechos humanos por su factibilidad incompleta significa ignorar que un derecho reclamado sea un no derecho. En su lugar, mueve a más acción social. Excluir todos los derechos económicos y sociales del *sancta sanctorum* de los derechos humanos, y reservar ese espacio sólo para la libertad y otros derechos de primera generación, supone trazar una raya en la arena muy difícil de mantener*”⁶⁸³.

Al margen de cuestiones teóricas que atribuyen mayor o menor eficacia a una u otra categoría de derechos, lo cierto es que, en todo caso, cualquier problema de interpretación de los derechos fundamentales se ha de resolver aplicando el principio favorable al reconocimiento de la efectividad de éstos; por ello, entiendo que resulta importante destacar los argumentos que, a mi juicio, permiten identificar una categoría única de derechos fundamentales, pues “*in extremis*” estos argumentos aportarán instrumentos útiles para garantizar su efectividad. Ésta es la tarea que trataré de acometer en un momento posterior del trabajo, teniendo siempre presente la consideración de Kant del individuo como un fin, no como un medio⁶⁸⁴, en cuya virtud la ley no sólo debe crear un marco de

⁶⁸² SEN, A. “*La idea de la Justicia*”. Ob. Cit. Pág. 406.

⁶⁸³ Idem. Pág. 417.

⁶⁸⁴ “*No te conviertas en un simple medio para los demás, sino se para ellos a la vez un fin. Este deber se esclarecerá en lo que sigue como obligación surgida del derecho de la humanidad en nuestra propia persona (Lex iusti)*”. KANT, I. “*La Metafísica de las Costumbres*”. Ob. Cit. Pág. 47. Mucho más esclarecedor en relación con el objeto de nuestro estudio es el párrafo siguiente: “...*El hombre, considerado como persona, es decir, como sujeto de una razón práctico-moral está situado por encima de todo precio; porque como tal (homo noamenon) no puede valorarse sólo como medio para fines ajenos, incluso para sus propios fines, sino como fin en sí mismo, es decir, posee una dignidad (un valor interno absoluto), gracias a la cual infunde respeto hacia él a todos los demás seres racionales del mundo, puede medirse con cualquier otro de esta clase y valorarse en pie de igualdad*”. KANT, I. Idem. Pág. 299.

respeto que garantice la inviolabilidad de ese ámbito de libertad, sino también generar un mandato de acciones positivas que garanticen su eficacia. A esta misma conclusión llega CONTRERAS, quien afirma, partiendo del análisis del tercer imperativo categórico de KANT, que: *“Tratar al otro como un fin significa sentirme corresponsable en su florecimiento”*⁶⁸⁵. Este principio debe resultar básico en la configuración del Estado y, paralelamente, fundamenta la categoría de derechos que analizo, en la medida en que aporta como fundamentación la propia dignidad humana, confiando esta función a toda la estructura política y social, no sólo a las personas afectadas.

Como punto de partida, habré de tener en cuenta en la valoración de las reglas de interpretación de estos derechos que, como pone de manifiesto BOBBIO sobre los derechos humanos: *“El problema que se nos presenta, en efecto, no es filosófico, sino jurídico y, en sentido más amplio, político. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados”*⁶⁸⁶. Los problemas que pueden erigirse como obstáculo a mi tesis no tienen carácter insalvable y, mucho menos, resultan exclusivos de la categoría de los derechos prestacionales. Se tratará muchas veces de, encontrándonos dotados de racionalidad y voluntad democrática, pasar de una racionalidad formal, en el sentido en el que exponía KELSEN de que una norma jurídica era válida sólo si había sido creada de una manera particular, según reglas determinadas y con un método específico⁶⁸⁷, a, como postura contrapuesta, garantizar una racionalidad material en la que, como razona FERRAJOLI: *“Todos los derechos fundamentales –no sólo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones –equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los fines a que está*

⁶⁸⁵ CONTRERAS PELÁEZ, F.J. *“Derechos sociales: Teoría e Ideología”*. Ob. Cit. Pág. 107.

⁶⁸⁶ BOBBIO, N. *“El tiempo de los derechos”*. Ob. Cit. Pág. 64

⁶⁸⁷ KELSEN, H. *“Teoría Pura del Derecho”*. Ed Universitaria de Buenos Aires. 1977. Págs. 136-137.

*orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho*⁶⁸⁸. Como acertadamente, a mi juicio, manifiesta este autor: *“En todos los casos, el garantismo de un sistema jurídico es una cuestión de grado, que depende de la precisión de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes públicos por las normas constitucionales y por el sistema de garantías que aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia a tales vínculos*⁶⁸⁹. No son razones dogmáticas relativas a la fundamentación de los derechos las que se imponen, ya que si, partiendo del concepto ya analizado, los derechos humanos son indivisibles, se les debería reconocer idénticos instrumentos para lograr su efectividad.

Partiendo de esta afirmación, el autor italiano entiende que la falta de reconocimiento de los derechos sociales en los ordenamientos jurídicos consiste en una mera cuestión técnico-jurídica, una laguna generada por el incumplimiento por el Estado de las obligaciones positivas constitucionalmente impuestas, pues afirma al respecto: *“Es el caso de la mayor parte de los derechos sociales –a la salud, la educación, la subsistencia, la asistencia y otros semejantes- cuya desatención por parte del Estado no es reparable con técnicas de invalidación jurisdiccional análogas a las previstas para las violaciones de los derechos de libertad, y que requieren el establecimiento de técnicas de garantía diversas y normalmente más complejas. El paradigma garantista es, sin embargo, el mismo: la incorporación de vínculos sustanciales, no importa que consistan en deberes positivos (de hacer) en vez de negativos (de no hacer), a las decisiones de los poderes públicos*⁶⁹⁰. Me encuentro plenamente de acuerdo con esta teoría dado que, sólo así, se pueden superar las contradicciones que el sistema constitucional español, basado doctrinalmente en un análisis meramente sistemático, genera, como será analizado con posterioridad; al mismo tiempo la teoría indicada arroja argumentos para contradecir la afirmación de que los problemas jurídicos que plantea el Estado social se sustraen a los instrumentos jurídicos de interpretación, resultando meramente cuestiones que se solucionan mediante voluntad política. El acierto de los autores citados resulta pleno, en la medida

⁶⁸⁸ FERRAJOLI, L. *“Derechos y garantías. La Ley del más débil”*. Ob. Cit. Pág. 22.

⁶⁸⁹ Idem. Pág. 25.

⁶⁹⁰ Idem. Págs. 29-30.

en que arroja luz sobre la cuestión que analizo, destacando que la problemática que surge de esta categoría de derechos no puede dejar de ser resuelta con las herramientas técnico-jurídicas que se pueden encontrar dentro del ordenamiento jurídico. En muchos casos, la falta de contundencia por parte del Poder Judicial en la defensa de los derechos específicos del grupo social que analizo, obedece a un defectuoso conocimiento de la realidad subyacente en la reclamación de estos derechos que puede llevar, sobre la base del principio de intervención mínima, a considerar que la exigibilidad de los DESC puede ser llevada a cabo, exclusivamente, basada exclusivamente en decisiones políticas.

Llevados igualmente del espíritu antedicho, una vez que resulte garantizada la eficacia de estos derechos en el contexto de las relaciones jurídico-públicas, también puede llegar a predicarse de esta categoría de derechos su eficacia en las relaciones *“inter privados”*, garantizando de esta manera su efectividad y vigencia plenas. A este respecto, destaco la postura doctrinal de PÉREZ LUÑO quien aporta el razonamiento que contengo en el párrafo literal siguiente: *“...los derechos sociales, en cuanto derechos fundamentales, suponen la consagración jurídica de unos valores que por su propia significación de básicos para la convivencia política no limitan su esfera de aplicación al sector público o privado, sino que deben ser respetados en todos los sectores del ordenamiento jurídico”*⁶⁹¹. A esta misma conclusión llega también CASCAJO para quien los principios rectores recogidos en el Capítulo III del texto constitucional *“...no sólo generan obligaciones frente a determinados órganos públicos sino que comprometen, como no podía ser de otra forma, a toda la acción del Estado en su conjunto y también a los poderes privados. En definitiva el fin que se persigue no es otro que el de la igualdad en la libertad...”*⁶⁹². Este aspecto ha sido destacado en la Observación general 5 del PIDESC, aprobado en la 11ª sesión, del año 1994, en cuyo apartado 11 destaca que: *“11.- Ante el compromiso de los Gobiernos en el mundo en relación con las políticas basadas en el mercado, resulta apropiado en ese contexto destacar ciertos aspectos de las obligaciones de los Estados parte. Una es la necesidad de garantizar que no solamente la esfera pública, sino*

⁶⁹¹ PÉREZ LUÑO, A.E., *“La tercera generación de derechos humanos”*. Ob. Cit. Pág. 311.

⁶⁹² CASCAJO CASTRO, J.L. *“La tutela constitucional de los derechos sociales”*. Ob. Cit. Pág. 101.

*también la privada, son, dentro de límites adecuados, sujetos a regulación con el fin de garantizar un trato igualitario a las personas con discapacidad*⁶⁹³.

Mediante el desarrollo de este ideario, se obtendría el pleno reconocimiento de eficacia y exigibilidad de estos derechos; eje de la tesis que mantengo en el presente trabajo.

1.3. La falta de un consenso sobre el concepto de derechos fundamentales

El mayor problema para la aplicabilidad de los derechos fundamentales ha sido desde el inicio la falta de unicidad en su concepción. Como en todas las instituciones jurídicas, la dificultad de su definición estriba en la mezcla de elementos de análisis jurídico y no jurídico; como pone de manifiesto Hohfeld, la mezcla entre las relaciones puramente jurídicas y los hechos físicos y psíquicos que las hacen surgir⁶⁹⁴. En el análisis de los derechos fundamentales, esta confusión se da más en relación con el concepto, a veces el aspecto más relevante en el análisis de esta categoría, que el fundamento de los derechos que conceptuamos como tal. En principio, resultaría lógico admitir que, a igualdad de fundamento, debería corresponder un mismo concepto de derecho. La realidad, como indico en este trabajo, no deja de ser muy otra.

No obstante, la importancia de la labor de elaboración de un concepto sobre los derechos fundamentales, se resume en el siguiente párrafo de la obra de RAZ, que he seleccionado: *“El peligro de encabezar una discusión sobre la importancia de los derechos con una definición de su concepto es que uno puede finalizar con una definición, según la cual los derechos no son importantes. Pero que no es aceptable para aquéllos que reclamen que lo son”*⁶⁹⁵. Es por ello que, a mi juicio, el concepto de derecho fundamental debe ser lo suficientemente amplio para tener cabida en el mismo los intereses de aquellas personas cuya libertad e igualdad puede quedar en entredicho.

⁶⁹³ “11. Given the increasing commitment of Governments around the world to market-based policies, it is appropriate in that context to emphasize certain aspects of States parties' obligations. One is the need to ensure that not only the public sphere, but also the private sphere, are, within appropriate limits, subject to regulation to ensure the equitable treatment of persons with disabilities”.

⁶⁹⁴ HOHFELD, W.N. “Conceptos jurídicos fundamentales”. Ed. Fontamara. 1995. Pág. 31.

⁶⁹⁵ “One danger of prefacing a discussion of the importance of rights with a definition of the concept is that one may end with a definition according to which rights are not important, but which is not acceptable to those who claim that they are”. RAZ, J. “The morality of freedom”. Ob. Cit. Pág.165.

Otro argumento que ha favorecido un cierto desconocimiento de qué son los derechos fundamentales es que se trata de una institución jurídica sujeta a evolución: el fin que tenían en su origen como control al poder del soberano ha mutado a otro, conforme al cual garantizan ámbitos de libertad para el desarrollo integral de la persona. Es por ello que los derechos de autonomía, esa autonomía que debía resultar preservada por encima de todo, resultan insuficientes para justificar la concepción actual sobre esta categoría de derechos; los primeros coexisten con los segundos, sin que unos predominen sobre los otros. En numerosos casos, los operadores jurídicos denominan derecho fundamental a un valor superior del ordenamiento jurídico como es la igualdad; otros como principio general del derecho. Siguiendo el sentido de este aserto, el análisis de cuál debe ser la correcta definición de los derechos fundamentales, debe ser efectuada, teniendo siempre en mente los intereses personales en juego, aquéllos de quienes no puedan alzar su voz y reclamar la vigencia de un derecho determinado como fundamental; las personas que pudieran quedar afectadas por la categorización que se efectúe. No obstante, en mi planteamiento, no pretendo que pase a ser reconocido como derecho fundamental cualquier valor ético, lo que indudablemente conllevaría el deterioro de esta categoría de derechos, sino de aquéllos que, como destaco en el apartado relativo a conclusiones, tienen una clara fundamentación en la dignidad humana. Por otro lado, en relación con la elaboración del concepto de esta categoría de derechos, HÄBERLE realiza una interpretación de los derechos fundamentales en cuanto derechos humanos, afirmando que, en la etapa más alta de desarrollo, los derechos humanos internacionales prevalecen sobre los derechos fundamentales nacionales, en la que lo *“fundamental”* equivale a lo pre-positivo, a lo que está antes del derecho secundario, justamente a lo *“fundamental”*⁶⁹⁶. De acuerdo con esta afirmación, los DESC que, como he indicado en el Capítulo anterior, figuran incorporados a muchos de estos instrumentos internacionales, e incluso figuran previstos en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, pasarían a tener la consideración de derechos fundamentales.

Existe, sin lugar a duda, distintas teorías sobre la fundamentación de estos derechos, por lo que, en consecuencia, se genera igualmente una disparidad de

⁶⁹⁶ HÄBERLE, P. *“El Estado constitucional”*. Ob. Cit. Astrea. 2007. PÁG. 307.

las mismas sobre su concepto. Como afirma PECES-BARBA: *“El problema del concepto de los derechos fundamentales es de suma complejidad”*⁶⁹⁷. Tampoco ayuda la labor del legislador constitucional, como es el caso del español, que si bien opta por una categorización de los derechos fundamentales en el seno del propio texto constitucional, permite que surjan unos problemas sistemáticos y conceptuales, tal como apunto en el apartado correspondiente, y que en nada ayudan a la labor de conceptualización de esta categoría de derechos. Siguiendo a ALEXY⁶⁹⁸, en relación con la categoría de derechos fundamentales prestacionales en los que entroncan los DESC, la situación se ve abonada no sólo por la existencia de concepciones básicas de diferente contenido, sino también por confusiones conceptuales y dogmáticas básicas que encuentran su expresión en la confusión terminológica.

Con el ánimo de arrojar una mayor claridad sobre esta cuestión, acudo a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, entre los que destaco la STC 25/1981, de 24 de julio (F.J. 5º) en la que el Tribunal se pronuncia sobre el valor de los derechos fundamentales o su funcionalidad en el ordenamiento jurídico, declarando: *“En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)”*. Este carácter estructural viene asimismo recogido en la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, Pleno (FJ 4), a la que apuntaré más adelante en el presente trabajo. Asimismo, con carácter estructural, en la STC 177/1988, de 10 de octubre sobre la fuerza vinculante de los derechos fundamentales en las relaciones entre entes privados; al respecto, el Tribunal declara en su FJ 4º: *“Ciertamente, el art. 53.1 del Texto constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no*

⁶⁹⁷ PECES-BARBA, G. *“Libertad, poder, socialismo”*. Ob. Cit. Pág. 193.

⁶⁹⁸ ALEXY, R. *“Teoría de los derechos fundamentales”*. Ob. Cit. Pág. 390.

implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios, dado que, como señala la STC 18/1984 (fundamento jurídico 6.º) «en un Estado social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social». De aquí que este Tribunal haya reconocido que los actos privados puedan lesionar los derechos fundamentales y que en estos supuestos los interesados pueden acceder a la vía de amparo si no obtienen la debida protección de los Jueces y Tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela general de los mismos. Las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato. No cabe olvidar que el art. 1.1 C. E. propugna entre los valores superiores del ordenamiento jurídico la igualdad, y que el 9.2 encomienda a todos los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”.

La igualdad opera como límite a la libertad⁶⁹⁹. Si el principio de igualdad resulta exigible por igual en las relaciones de Derecho Público y Derecho Privado, se debe pues entender que de todos los derechos que entroncan con ese principio, deben tener reconocido el carácter absoluto, que se predica de los derechos fundamentales. Derechos fundamentales serían pues todos aquellos que preservan el respeto de ese principio, sobre el eje del valor dignidad humana, por el que es debido. La fuerza expansiva de los derechos de las personas con discapacidad se extiende no solamente al ámbito de las esferas de las relaciones privadas, sino también a terceros que pudieran sufrir discriminación por asociación; así lo ha reconocido el Tribunal de Justicia de la UE en su sentencia Coleman contra Attridge Law, que confirmó que la prohibición de la discriminación por motivos de discapacidad en la Directiva 2000/78/CE se aplica a una persona asociada a una persona con discapacidad⁷⁰⁰.

⁶⁹⁹ MARTÍN MARTÍN, G. “La igualdad en las relaciones jurídicas privadas” en VV.AA. “Estudios Interdisciplinarios sobre igualdad”. Ob. Cit. Pág. 105.

⁷⁰⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2008, Asunto C-303/06, despido de un trabajador que no es una persona con discapacidad, pero cuyo hijo sí lo es.

Con el fin de llegar a un consenso en la definición de derechos fundamentales, resulta esencial en esta tarea abandonar cualquier tesis formalista al uso y tratar de averiguar la realidad social que se oculta tras el concepto de los distintos derechos. Se exige una importante labor doctrinal que proporcione argumentos a los operadores jurídicos con el fin de lograr argumentos para la concreción de estos derechos ante los “*casos difíciles*” que se presentan en su aplicación práctica. Con este espíritu FERRAJOLI ha aportado al debate doctrinal la siguiente definición de derechos fundamentales: “*son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por <derecho subjetivo> cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas*”⁷⁰¹. La ventaja de una definición de esta naturaleza estriba en partir de un perfil de carácter sustantivo, aunque se fundamente en un aspecto formal como el de su carácter universal; la misma es reflejo del abandono de las tesis formales constitucionalistas que el autor propone. Al mismo tiempo, la definición indicada otorga a los derechos fundamentales el sentido de facilitar el alcance de un mayor grado de libertad e igualdad que, como manifestación de la dignidad humana, todo ordenamiento jurídico debe perseguir como fin, en el marco de una concepción material de la justicia. Este mayor grado de realización humana que se persigue con los derechos fundamentales se vincula, por naturaleza, con la satisfacción de necesidades individuales, limitando, como afirma NINO, la persecución de objetivos sociales colectivos, o sea de objetivos que persiguen el beneficio agregativo de diversos grupos de individuos que integran la sociedad⁷⁰². Esta idea se encuentra también de manera explícita en la idea de justicia que desarrolla DWORKIN en su obra “*Ética privada e igualitarismo político*”, en la que vincula la ética con lo que denomina “*modelo del desafío*”, con la satisfacción de

⁷⁰¹ FERRAJOLI, L. “*Derechos y garantías. La Ley del más débil*”. Ob. Cit. Pág. 37.

⁷⁰² NINO, C.S. “*Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*”. 2ª edición. Ed. Astrea. 2007. Pág. 261.

los intereses individuales que conforman el anhelo individual de vida⁷⁰³. Es por ello que, entiendo, donde se encuentra con más fuerza este elemento de fundamentación de los derechos fundamentales es, precisamente, en los DESC, dado que resultan imprescindibles para que determinados colectivos adquieran cuotas adecuadas de libertad e igualdad, para que puedan satisfacer sus propios objetivos vitales, como eje del disfrute de una vida digna; aunque en el marco de una igualdad de naturaleza positiva y material. En este aspecto es donde se debe incidir con el fin de facilitar una aproximación favorable a la tesis que sustento.

Entiendo, pues, que no puede entenderse completa una definición de derechos fundamentales sin que queden en ella comprendidos los DESC. Coincido con el profesor ANSUÁTEGUI quien indica que cuando se habla de derechos sociales es, en muchas ocasiones, para subrayar sus “*carencias*” en relación con los “*auténticos derechos*”; entonces, una manera de responder a las teorías devaluadas de los derechos y de tomárselos en serio es no utilizar el adjetivo “*sociales*” y hablar simplemente de derechos fundamentales⁷⁰⁴. En este mismo sentido, el profesor PECES-BARBA concluye que los DESC son derechos fundamentales en el sentido pleno del término, pues pretenden establecer unas condiciones mínimas de homogeneidad para situar a todas las personas en una condición suficiente que les permita gozar de los demás derechos⁷⁰⁵.

En la sociedad actual no genera ninguna duda considerar que la discriminación por razón de género debe resultar suprimida, dada la lesión a la igualdad que la misma genera. No obstante, género y discapacidad son causas igualmente recurrentes de discriminación; no obstante, una se regula mediante una Ley Orgánica (Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo-BOE 23 marzo 2007, núm. 71), y la otra mediante Ley ordinaria. Ambas normas tienen el mismo fundamento, la libertad y la igualdad (art. 14 y 9.2 CE); ambas se han promulgado al amparo de la atribución constitucional al Estado de la competencia para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles y las españolas en el ejercicio de los derechos constitucionales (149.1.1ª). No obstante, el rango normativo es distinto, como he indicado. A mi juicio, el que apunto es uno de los ejemplos más

⁷⁰³ DWORKIN, R. “*Ética privada e igualitarismo político*”. Ed. Paidós. 1993. Pág. 116.

⁷⁰⁴ ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. “*Argumentos para una teoría de los derechos sociales*”. Revista Derecho del Estado n 24. Julio 2010. Pág. 64.

⁷⁰⁵ PECES-BARBA, G. “*Derechos sociales y positivismo jurídico*”. Ob. Cit. Pág. 134.

paradigmáticos de falta de concreción en la elaboración de una política estatal de derechos fundamentales. Por otro lado, la Ley ordinaria carece de una declaración como la contenida en el artículo 1.2 de la LO, conforme al cual se declara la efectividad de los derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto en el ámbito del Derecho público, como privado. En el ámbito del TRDPCDYS las obligaciones que se enuncian tienen como destinatarios los poderes públicos y cuando se citan a las entidades de naturaleza privada se formula con carácter de recomendación. Un ejemplo de ello es la redacción del artículo 7 sobre el derecho a la igualdad. A mi juicio, la situación resulta el fruto de un claro error de política legislativa, así como una apuesta política que, en sí, resulta discriminatoria, pues se debe reconocer la misma solución normativa a una problemática jurídica idéntica.

Pese a las dificultades de definición apuntadas, como he indicado, una vez que se indaga el significado real de los derechos fundamentales las diferencias se ven cómo desaparecen. Ni desde el punto de vista del concepto, ni tampoco del fundamento, como he indicado anteriormente, existen diferencias insalvables respecto de una u otra categoría de derechos. Partiendo de este punto, pues, a mi juicio, queda finalmente una fundamentación política de la diferencia, pese a que la misma hubiese debido quedar al margen de un estudio de los derechos meramente dogmático. No obstante, son muchos los casos que abonan esta conclusión, como he expuesto e iré exponiendo a lo largo del trabajo.

2. Análisis crítico de las posturas doctrinales desfavorables a la integración de los DESC en una categoría única de derechos fundamentales

En el presente capítulo voy a tratar de esbozar las teorías doctrinales cuya fundamentación, por las razones que expondré, impiden justificar una categoría única de derechos fundamentales, integrada por los derechos de libertad y los DESC. Por esta vía, voy a destacar aquellos obstáculos generados desde estas posiciones doctrinales, con el fin de, formulando un análisis crítico dirigido a las mismas, apoyar la tesis que mantengo en el presente trabajo. Las conclusiones que se pueden extrapolar de los párrafos siguientes permiten entender que la falta de justiciabilidad actual de los DESC resulta tributaria de una concepción histórica de los derechos fundamentales que, vinculada a una concepción clásica de liberalismo, no ha sufrido, a veces de forma interesada, la necesaria evolución

que exige la acogida de estos derechos en el seno de un Estado social como el español.

2.1. En relación con la fundamentación de los derechos fundamentales. El liberalismo

Los dos ejes de estudio de los derechos fundamentales son, tradicionalmente, el concepto y el fundamento. En este caso, analizo en primer lugar el fundamento, dado que su análisis me acerca de un modo más estrecho al eje de la tesis que planteo. Por fundamentación, se entendería la respuesta al “*por qué*” de los derechos fundamentales. Este estudio sugiere el enlace de esta categoría de derechos con la libertad, la igualdad, la dignidad de la persona, la solidaridad, a cuya promoción estos derechos se instituyen. Es el enlace del sistema de derechos fundamentales con la moralidad, los valores que son acogidos y promovidos en las relaciones entre los miembros de la comunidad. En palabras del profesor PECES-BARBA: “...*aquellas razones morales, que derivan de la dignidad del hombre y que son condiciones sociales de la realización de la misma, es decir, sin cuya presencia en la vida social las personas no pueden desarrollar todas las virtualidades insertas en ella*”⁷⁰⁶.

Una manifestación de un especial engarce de esos valores sociales esenciales con el sistema político es el liberalismo; siguiendo a RAZ el liberalismo se ha dividido tradicionalmente entre quienes miran la libertad con un valor intrínseco, y quienes ven solamente su valor instrumental; en el segundo grupo, el profesor de la Universidad de Oxford sitúa a los utilitaristas y a los economistas del libre mercado, como HAYEK⁷⁰⁷. Como paradigma del liberalismo, he elegido la filosofía de Immanuel Kant, quien concibe el Estado de derecho desde una postura exclusivamente racionalista, en cuanto unión de un conjunto de hombres bajo leyes jurídicas⁷⁰⁸; toda su filosofía resulta el fruto del momento histórico en que vivió: la Ilustración, la Revolución francesa y las vicisitudes del Estado prusiano. Para este autor los únicos derechos innatos son la libertad, que le corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad, y

⁷⁰⁶ PECES-BARBA, G. “Curso de derechos fundamentales”. Ob. Cit. Pág. 209.

⁷⁰⁷ “...liberalism was long divided between those who regarded liberty as intrinsically valuable, and those who claimed that it is of instrumental value only. The latter include the utilitarians and the free-market economists”. RAZ, J. “The morality of freedom”. Ob. Cit. Pág. 7.

⁷⁰⁸ KANT, I. “La Metafísica de las Costumbres”. Ob. Cit. Pág. 142.

la igualdad; los dos únicos que pueden ser pensados sin considerar sus fines empíricos, precisamente, porque son instrumentos necesarios para que cada individuo alcance los fines que se propone⁷⁰⁹. En su obra *“Metafísica de las Costumbres”* el autor alemán identifica la libertad con el elemento básico de la personalidad; también la igualdad, como independencia, que consiste en no ser obligado por otros sino a aquello a lo que recíprocamente podemos obligarles⁷¹⁰. Mediante la aportación del filósofo alemán se construye un modelo de ética de corte liberal que gira alrededor de dos principios básicos: la autonomía e inviolabilidad del individuo; de tal forma que la intervención del Estado sólo puede limitarse a restringir estos principios, cuando entran en colisión con los derechos de otros individuos; maximizando, de esta forma, el ámbito de libertad que se le reconoce. El principio de la libertad queda plasmado en la tesis de KANT, sobre la base de que un individuo debe buscar su propia perfección, no debe buscar la perfección de los demás sino satisfacer sus fines subjetivos, o sea alcanzar su felicidad⁷¹¹. Para el filósofo alemán, la virtud y la felicidad constituyen la tenencia del sumo bien en una persona; donde la virtud, en cuanto dignidad de ser feliz, supone el bien supremo; la felicidad presupone un comportamiento moral según la ley⁷¹², un estado del ser racional al cual le va todo, según su deseo y voluntad⁷¹³. KANT elabora una teoría metafísica en la que no se busca la consecución de bienestar personal a través de la satisfacción de necesidades materiales, sino que, gracias a la personalidad del individuo, la ley moral le revela una vida independiente de la animalidad y del mundo sensible, infiriendo el destino teleológico de su existencia; no se circunscribe a las condiciones y límites de la vida, sino que se

⁷⁰⁹ PRIETO SANCHÍS, L. *“Estudios sobre derechos fundamentales”*. Ob. Cit. Pág. 36.

⁷¹⁰ *“La libertad (la independencia con respecto al arbitrio constrictivo de otro), en la medida en que puede coexistir con la libertad de cualquier otro según una ley universal, es este derecho único, originario, que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad”*. KANT, I. *“La Metafísica de las Costumbres”*. Ob. Cit. Págs. 48-49.

⁷¹¹ *“Suplir su ignorancia por instrucción y corregir sus errores; y esto no sólo lo aconseja la razón práctico-técnica para sus diferentes propósitos (de la habilidad), sino que se lo ordena absolutamente la razón práctico-moral y convierte este fin en un deber suyo, para que sea digno de la humanidad que habita en él...”*. Idem. Pág. 238. También en este mismo sentido, pág. 312, en la que formula la apreciación siguiente: *“...no ha de tener que agradecer el uso de sus facultades únicamente al instinto natural, sino a la libertad con la que él determina esta adecuación”*.

⁷¹² KANT, I. *“Crítica de la razón práctica”*. Alianza Editorial. 2011. Págs. 220-221.

⁷¹³ Idem. Pág. 240.

dirige hacia lo infinito⁷¹⁴. Su postura se resume en el célebre aforismo de “*el cielo estrellado sobre mí y la ley moral dentro de mí*”⁷¹⁵. Pese a su evidente vigencia en el momento en que fue publicada su obra SS. XVIII-XIX, e incluso en el pensamiento contemporáneo, su filosofía no genera apoyos doctrinales para la tesis que mantengo, pues el individuo kantiano podría llegar a una felicidad y perfección interior, por su aquietamiento a unos principios morales que le vinieran dados, sin poder desarrollar al mismo tiempo la plenitud de su personalidad por la falta de medios materiales para superar las barreras que la sociedad pudiera generarle. Es otro, evidentemente, el análisis que debo hacer por lo tanto, sin perjuicio de poder partir en mi estudio de la idea de dignidad individual que KANT contiene como eje de su teoría filosófica.

Su alejamiento interesado del mundo sensible (“...*la moral no suponga una teoría de cómo hacernos felices, sino de cómo debemos llegar a ser dignos de felicidad*”⁷¹⁶) permite colegir fácilmente, que la postura de Kant, fundada en un presupuesto racionalista, no permite acoger en su seno las bases de un Estado social; resulta un modelo que excluye la atención de las necesidades reales del hombre en su condición social; no significa que no propugne deberes del individuo para con terceros, sino que los reconduce al ámbito ético estrictamente individual. Sin perjuicio de la afirmación anterior, a los efectos del estudio que realizo, la aportación más relevante del autor, a mi juicio, resulta ser su anhelo por formular una teoría de la justicia, si bien articulada a través de la Ley moral, única que tiene carácter universal, que constituye un imperativo en cuanto ley incondicionada⁷¹⁷, si bien una ley formal⁷¹⁸; esta posición, finalmente, ha orientado los mejores esfuerzos contemporáneos que han continuado la senda emprendida por él y que han perseguido la elaboración de una regla ética universal.

En este mismo sentido, se puede constatar que aquellos autores que siguen un modelo de derechos fundamentales de corte igualitarista, no obstante haber llevado a cabo importantes esfuerzos para la formulación de

⁷¹⁴ Idem. Pág. 294.

⁷¹⁵ Idem. Pág. 293.

⁷¹⁶ Idem. Pág. 248.

⁷¹⁷ Idem. Pág. 100.

⁷¹⁸ “Sólo una ley formal, o sea, una ley tal que no prescriba a la razón sino la forma de su legislación universal como suprema condición para las máximas, puede suponer a priori un fundamento para determinar la razón práctica”. Idem. Pág. 149.

una teoría sobre la justicia, útil en la práctica, han partido de la misma idea formulada por KANT de que para conseguir ese fin se puede fijar como punto inicial una idea de moral universal, aplicable a toda la sociedad, en la que el individuo puede realizar su anhelo de felicidad. Independientemente del resultado que se puede extraer de ella, en relación con la materia objeto de estudio, este anhelo no deja de tener interés doctrinal como punto de partida, en la medida en que constituye una orientación doctrinal fundamentada, y, por lo tanto, deja una base argumental sobre la que poder plasmar mi análisis crítico; no obstante, resulta claramente insuficiente como voy a indicar a continuación.

El liberalismo (el modelo clásico de LOCKE o KANT) “*prima facie*” niega la existencia de una entidad social en la que queden incardinados los individuos que la componen, y los anhelos vitales en que se plasma su propia dignidad; como teoría política, el Estado liberal debe permitir que cada uno de sus ciudadanos persigan su anhelo de vida o su concepción de lo bueno, absteniéndose de cualquier intervención que pueda interferir en el indicado objetivo; el problema estriba en que un modelo político como éste no resuelve el problema de qué hacer cuando la propia sociedad es la que genera esas interferencias que dificultan o impiden de forma decisiva la realización personal de los ciudadanos. ¿Debe en estos casos actuar, garantizando un mínimo sustrato social justo de partida, un a modo de reglas de juego justas, como bienes sociales básicos, o mantener una actitud pasiva ante estas situaciones moralmente injustas? A mi juicio, hay cabida para una posición intermedia según la cual, sin abandonar el modelo liberal, el propio Estado pueda detectar aquellas dificultades u obstáculos que he apuntado y forzar una intervención para que esa situación de injusticia cese o se atempere; una actuación así no conllevaría un cambio de modelo, dado que el interés general, es decir, la realización individual de todos y cada uno de los miembros del orden social, justificaría la misma. Es por ello, que existen, asimismo, teorías que permiten compaginar el libre desarrollo de la personalidad de cada individuo con la esfera de acción positiva del Estado; ejemplo de ello es el enfoque de las capacidades de NUSSBAUM para quien el mismo constituye una forma de

liberalismo político⁷¹⁹. Se puede ver, pues, que el marco del liberalismo no se puede interpretar en términos absolutos y que existen también otras soluciones posibles dentro del mismo.

No obstante, lo cierto es que la liberal-kantiana no es la única concepción de la justicia que se deba admitir. Frente a ella, se ha erigido una destacada teoría como la concepción hegeliana de la justicia, conforme a la cual, como manifiesta NINO: *“Hegel rechaza la idea iluminista utilitaria de que el Estado sólo tiene una función instrumental: servir a los fines de los individuos. Explícitamente dice que el Estado no es algo abstracto que se yergue frente a los individuos, sino que el uno y los otros son partes de una vida orgánica en la que nadie es un medio y nadie es un fin”*⁷²⁰. Aquí reside un cambio de orientación que me interesa destacar en relación con el objeto de estudio; se admite la existencia de un eje de la vida social distinto a los meros anhelos individuales; debe existir un compromiso social que permita arbitrar medidas concretas que permitan a ciertos grupos sociales en riesgo de exclusión, su imprescindible inclusión en la sociedad. Esta orientación crítica la ha continuado en el momento actual Michael Sandel quien en su libro *“Liberalism and the limits of Justice”*⁷²¹, propugna el denominado *“liberalismo deontológico”*, es decir, la idea de que la justicia prima sobre cualquier otra idea moral o política; que los derechos no responden a una especial concepción de lo bueno. Como manifiesta el propio Sandel, la suya es una respuesta comunitaria al liberalismo; por comunitario, interpreta que los derechos deben descansar en los valores o preferencias que predominan en una concreta comunidad en un momento determinado⁷²². Para NINO *“Lo que Sandel quiere atacar no es solamente una concepción moral sino el modo de derivarla, esto es una posición metaética: aquélla que afirma que los principios de justicia son derivados independientemente de cualquier concepción de lo bueno, puesto que se los puede obtener sin acudir a la idea de que satisfacen algún fin, interés o meta individual o social. De acuerdo con Kant, esto es lo que hace*

⁷¹⁹ NUSSBAUM, M.C. *“Crear capacidades”*. Ob. Cit. Pág. 115.

⁷²⁰ NINO, C.S. *“Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación”*. Ob. Cit. Pág. 131.

⁷²¹ *“Deontological liberalism is above all a theory about justice, and in particular about the primacy of justice among moral and political ideals”*. SANDEL, M.J. *“Liberalism and the Limits of Justice”*. Cambridge University Press. 2ª ed. 1998. Pág. 1.

⁷²² *“The term communitarian is misleading, however, insofar as it implies that rights should rest on the values or preferences that prevail in any given community at any given time”*. Idem. Pág. 186.

*que la justicia sea absolutamente confiable y universal, dado que sus principios no están sujetos a la variación empírica contingente de los deseos e inclinaciones humanas*⁷²³. Esta concepción permite fundamentar valores sociales que no resultan fruto de una elección personal, como, por ejemplo, la solidaridad. En relación con el objeto de mi estudio, esta conclusión aporta un enfoque determinante: la creación de un espacio de justicia impregnado por unos valores, que pueden llegar a ser impuestos por el Estado, sin quedar vinculados por las posiciones individualistas de sus miembros.

La tendencia que se deriva de las tesis liberales kantianas imperantes en el siglo XX no ha discurrido por este último camino, como destacaré en el apartado correspondiente. Ello se ha traducido en que se haya elaborado una teoría de la justicia predominante en la que los intereses y necesidades de determinados colectivos especialmente necesitados, cuyas necesidades de justicia quedan fuera de la regla general, no se ven amparados por las reglas morales que esa teoría de la justicia acoge. Por ello, entiendo que ni el excesivo individualismo, ni la idea de valores de justicia previos al estado del individuo puede ser mantenida, como destacaré a continuación, si se han de prever determinadas medidas específicas con el fin de garantizar el nivel mínimo de justicia que, hoy en día, las tesis encuadradas en el liberalismo igualitarista persiguen. Entiendo acertada la posición doctrinal de NINO, para quien, partiendo de la máxima según la cual el liberalismo económico, y su consecuente abstencionismo, se encontraría excluido del liberalismo sociopolítico, plantea que: *“...ningún sistema económico está lógicamente implicado por una concepción dirigida a expandir igualitariamente la autonomía de la gente, y que la validez de uno u otro sistema estará dada por su eficacia como instrumento para satisfacer ese ideal*⁷²⁴. La formación de unos principios de justicia, contenidos en un modelo social en el que se plasman los valores críticos de una sociedad concreta, y que permiten elaborar unas directrices de funcionamiento mediante las que se trate de obtener la maximización de la eficacia del sistema para todos y cada uno de sus miembros, no puede resultar un obstáculo para que, en determinadas circunstancias, se pondere la aplicación de esos mismos principios en relación con determinados individuos

⁷²³ NINO, C.S. *“Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación”*. Ob. Cit. Pág. 132.

⁷²⁴ Idem. Pág. 350.

en función de sus necesidades específicas, evitando que de la aplicación del principio general pueda generar una situación injusta. Esta solución también se encuentra impregnada del particularismo individual que nutre el liberalismo tradicional; el sujeto especialmente necesitado también es merecedor de consideración, aunque la solución tenga que provenir de la aplicación de principios de justicia distributiva o la asignación de recursos comunitarios. También la comunidad se ve beneficiada por la integración de todos y cada uno de los individuos en el ámbito social.

Bajo el modelo clásico del liberalismo se encuadra un conjunto de posiciones ético-político-económicas que mantienen una vigencia actual, que parten de una consideración del individuo como eje básico de su análisis; en consecuencia, propugnan que el Estado reduzca su intervención al mínimo, con el fin de que la libertad del individuo resulte preservada. NINO, citando a MacIntyre, distingue cinco rasgos de esta teoría, en la vertiente kantiana: *“...la idea de que la moral está compuesta fundamentalmente por reglas que serían aceptadas por cualquier individuo racional en circunstancias ideales;...el requisito de que esas reglas sean neutrales respecto de los intereses de los individuos;...la exigencia de que las pautas morales sean también neutrales en relación con las concepciones de lo bueno que los individuos pueden sustentar; ...la de que los agentes morales destinatarios de tales reglas son los individuos humanos y no, por ende, entes colectivos;...la exigencia de que las reglas morales sean aplicadas del mismo modo a todos los individuos humanos, cualquiera sea su contexto social”*⁷²⁵. Como refleja la cita del autor argentino, no considero que se pueda hablar, pues, de un solo modelo liberal, sino de muy variados modelos; cada uno de ellos con matices muy diversos. No obstante, sí aprecio en este estudio dos grupos homogéneos, aunque bien diferenciados: aquél que considera la necesidad de una construcción ética válida para toda la sociedad; y aquél grupo de posiciones para las que esta tarea resulta imposible. Entiendo que pueden llegar a ser clasificados bajo un mismo modelo, en la medida en que, por lo menos, se ve presente un mínimo resultado igualitario, aunque el mismo se llegue a obtener por diversas vías. El modelo se caracteriza, en todo caso, por la aceptación de un papel del Estado

⁷²⁵ NINO, C.S. “El constructivismo ético”. Centro de Estudios Constitucionales. 1989. Pág. 138.

no intervencionista, con el fin de potenciar la satisfacción de los intereses particulares de los ciudadanos desde su esfuerzo individual; bajo esta concepción, un papel activo del Estado en la sociedad sólo sería admitido bajo determinadas condiciones, y siempre con pleno respeto de las libertades individuales.

Por este motivo, entiendo que, bajo esta concepción, se extraen unos valores o principios que inspiran la sociedad, que quedan vacíos de contenido; dado que cualquier intervención destinada a promover condiciones más favorables a determinados individuos de la comunidad, pese a que presenten un conjunto diferenciado de necesidades, se entiende que resultaría contraria a la igualdad y la libertad del resto de individuos. Desde esta idea, NINO propone, precisamente, que el liberalismo avance una concepción del bien que incluya de manera esencial la autonomía, en el sentido de la autorrealización⁷²⁶, la realización del individuo. A partir de este postulado, se llegaría a la teoría de las capacidades, elaborada por el profesor SEN y otros autores a quienes dedicaré un capítulo aparte. Coincido por ello con BOBBIO, para quien el liberalismo es una doctrina parcialmente igualitaria, más en las intenciones que en los resultados⁷²⁷.

A continuación, he elegido un elenco de posiciones doctrinales contrarias, por diversas razones, a la garantía de la atención de necesidades específicas del individuo dentro del modelo de Estado. La idea de justicia que plasman resulta ser una que trasciende al individuo por igual; aplicando unos mismos principios o valores a todos y cada uno de los miembros del colectivo social. Con los matices propios que se destaca en cada uno de los apartados, se mantiene el nexo común de plasmar una regla universal, donde no caben las diferenciaciones. Por este motivo, estas teorías resultan claramente insuficientes, por discriminatorias, para ofrecer la satisfacción de sus anhelos personales a las personas con discapacidad.

2.1.1. El modelo utilitarista

Se ha estudiado habitualmente el modelo utilitarista como contrapuesto al modelo liberal, en la medida en que propugna como idea base del

⁷²⁶ Idem. Pág. 149.

⁷²⁷ BOBBIO, N. *"Igualdad y libertad"*. Ob. Cit. Pág. 90.

pensamiento moral lo bueno para el conjunto de personas, no lo correcto, como mantiene el modelo liberal; no obstante, la postura mayoritaria coincide en ubicar este modelo dentro del liberalismo, ya que propugna igualmente la necesidad de la falta de intervención del Estado en la esfera de actuación del individuo, idea axial del liberalismo clásico, como he comentado en la introducción del apartado anterior.

La idea básica que subyace en la escuela utilitarista de derechos consiste en que los intereses de las personas pueden ser sacrificados en aras a la maximización de un interés colectivo. El eje de la doctrina utilitarista es, por lo tanto, el concepto de utilidad. Para BENTHAM “*utilidad*” significa que la propiedad existente en cualquier objeto tiende a producir un beneficio, ventaja, placer, bondad o felicidad o evitar la producción de malas acciones, dolor, maldad o infelicidad, ya sea a la comunidad en general o un sujeto particular⁷²⁸; el interés de la comunidad resulta ser la suma de los intereses de los distintos miembros que la componen⁷²⁹. La respuesta del autor inglés a cuándo se acomoda una acción al principio de utilidad, es la de que es aquella que aumenta la felicidad de una comunidad en mayor medida que la que pudiera tener de disminuirla⁷³⁰. Dentro de las circunstancias que afectan directamente a la sensibilidad y, por lo tanto, la condición de una persona para percibir placer o dolor figura la imperfección corporal⁷³¹, que disminuye su capacidad para derivar placer de un estado de felicidad; cuestión esta que me interesa en relación con el objeto de mi estudio.

La finalidad de la ética privada la define BENTHAM, en último extremo, como el arte de dirigir las acciones de las personas para la producción de la mayor cantidad posible de felicidad, por parte de aquél cuyos intereses se

⁷²⁸ “By utility is meant that property in any object, whereby it tends to produce benefit, advantage, pleasure, good, or happiness, or to prevent the happening of mischief, pain, evil, or unhappiness to the party whose interest is considered: if that party be the community in general, the happiness of the community: if a particular individual, then the happiness of that individual”. BENTHAM, J. “An introduction to the principles of morals and legislation”. Ed. J.H. Burns y H.L.A. Hart. Clarendon Press. Oxford. 1996. Pág. 12.

⁷²⁹ “The interest of the community then is, what? – the sum of the interests of the several members who compose it”. Idem. Pág. 12.

⁷³⁰ “An action then may be said to be conformable to the principle of utility,when the tendency it has to augment the happiness of the community is greater than any it has to diminish it”. Idem. Págs. 12-13.

⁷³¹ Idem. Pág. 55.

tenga a la vista⁷³²; no obstante, no hay una obligación para con el otro, ya que el único fundamento para que ello se produzca proviene de sentimientos tales como de simpatía y benevolencia, amistad o deseo de reputación⁷³³. Bentham sitúa el motivo de una acción en el placer o dolor⁷³⁴; no hay posibilidad, por lo tanto, de motivos altruistas. Mucho menos, dado que la finalidad del gobierno es promover la felicidad de la sociedad, mediante el castigo o el premio⁷³⁵; si la ley interviene directamente debe ser para imponer castigos⁷³⁶; el arte legislativo muestra de qué manera una multitud de personas, miembros de una comunidad, pueden ser dispuestos con el fin de seguir un camino que les conduzca, en su conjunto, a la felicidad de toda la comunidad, por medio de las motivaciones aplicadas por el legislador⁷³⁷. De estas afirmaciones extraídas de la obra del autor inglés, se deduce pues que en este modelo no cabe como aspiración el desarrollo pleno de la dignidad de la persona ni el desenvolvimiento de facultades personales específicas; contando asimismo con la inacción del Estado, el fin mediato de la acción puede no beneficiar al individuo, aunque con ella se logre la mejora de la felicidad colectiva. Mucho menos caben en este modelo acciones positivas del Estado para el desarrollo de la dignidad personal de los miembros de colectivos con especiales necesidades; máxime cuando estos mismos puedan resultar ser un lastre para el desarrollo de la felicidad colectiva. Serán, pues, elementos cuya mera existencia dificultan el fin colectivo de felicidad.

Estos principios también figuraban recogidos en la obra de su precursor en la escuela utilitarista, el escocés David Hume; el profundo individualismo de la doctrina utilitarista figura plasmado en su palabras: “...como aquí se supone que cada hombre se ama sólo a sí mismo y depende solamente de sí, y que su

⁷³² “Ethics at large may be defined, the art of directing men’s actions to the production of the greatest possible quantity of happiness, on the part of those whose interest is in view”. Idem. Pág. 282.

⁷³³ “There are no occasions in which a man has not some motives for consulting the happiness of other men. In the first place, he has, on all occasions, the purely social motive of sympathy or benevolence: in the next place, he has, on most occasions, the semi-social motives of love of amity and love of reputation”. Idem. Pág. 284.

⁷³⁴ “A motive is substantially nothing more than pleasure or pain, operating in a certain manner”. Idem. Pág. 100.

⁷³⁵ “The business of government is to promote the happiness of the society, by punishing and rewarding”. Idem. Pág. 74.

⁷³⁶ “If legislation interferes in a direct manner, it must be by punishment”. Idem. Pág. 285.

⁷³⁷ “...the art of legislation teaches how a multitude of men, composing a community, may be disposed to pursue that course which upon the whole is the most conducive to the happiness of the whole community, by means of motives to be applied by the legislator”. Idem. Pág. 293.

*propia actividad tiene por objeto su seguridad y felicidad, en todas las ocasiones desafiará con todo su poder, la preferencia hacia cualquier otro ser, pues a ninguno se halla vinculado por algún lazo, sea de tipo natural o interesado*⁷³⁸; reiterando este principio, el autor escocés entiende que el amor a sí mismo constituye un principio de la naturaleza humana, y el interés de cada individuo se encuentra tan íntimamente conectado con el de la comunidad, que supone que todo nuestro interés en relación con lo público, se puede resolver en un interés relacionado con nuestra propia felicidad y conservación⁷³⁹. Para HUME, desde su racionalismo, entiende que el concepto de “utilidad” consiste en una tendencia para un fin, “...siendo la utilidad una fuente de sentimiento moral, y si esta utilidad no se considera siempre con una referencia al yo, síguese que todo lo que contribuye a la felicidad de la sociedad se recomienda por sí mismo directamente a nuestra aprobación y buena voluntad”⁷⁴⁰. A partir de aquí extrae su concepción de la ética, según la cual “...lo que promueve su felicidad es bueno, y lo que tiende a hacerle miserable es malo”⁷⁴¹; de la misma forma que manifiesta que: “...cualquier conducta que promueva el bien de la comunidad es amada, elogiada y estimada por la comunidad a causa de ese interés y esa utilidad que comparten todos...”⁷⁴². La benevolencia y la solidaridad tienen valor en cuanto reportan utilidad, promueve el bien de la humanidad en el primer caso, o el placer inmediato que comunica a la persona que la posee, en el segundo⁷⁴³. No son, pues, valores que han de ser promovidos en las acciones del conjunto social, sino que su interés se mide en función del beneficio que reportan en el ámbito público o privado, respectivamente. Concibe la moralidad como un sentimiento universal y hace de las acciones y la conducta de las personas un objeto adecuado para el aplauso o la censura, en la medida en que estén de acuerdo con la regla de derecho que crea la aprobación general⁷⁴⁴. La utilidad se mueve en el ámbito de la razón, mientras que es el sentimiento de humanidad el que establece la distinción entre aquellas tendencias a la acción que son útiles y

⁷³⁸ HUME, D. “*De la moral y otros escritos*”. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. 1982. Pág. 32.

⁷³⁹ Idem. Pág. 66.

⁷⁴⁰ Idem. Pág. 68.

⁷⁴¹ Idem. Pág. 82.

⁷⁴² Idem. Pág. 98.

⁷⁴³ Idem. Págs. 116 y 121.

⁷⁴⁴ Idem. Pág. 136.

beneficiosas; la primera pertenece al ámbito del entendimiento, la segunda, al del sentimiento, siendo la razón la única fuente de moralidad⁷⁴⁵. Priva, de acuerdo con esta teoría, de fuerza coactiva a aquellas decisiones que pudieran pretender extraer utilidad para la promoción del desarrollo individual de determinados sujetos necesitados o vulnerables; nunca se trataría ésta de una acción con fundamentación jurídica.

Como afirma NINO, autores contemporáneos como Gauthier, Rawls y Nozick han enfatizado su ataque del modelo liberal utilitarista tomando en consideración que: *“...cierto individuo pueda ser sacrificado en beneficio de otros porque no da relevancia moral a la separabilidad e independencia de las personas”*⁷⁴⁶. El modelo utilitarista de justicia precisa que concurren dos elementos: la posibilidad de construir una moral común para toda la sociedad, y la posibilidad de anular el interés crítico de un individuo, con miras a lograr el bienestar colectivo del grupo; al que se dirige igualmente la justicia, cuyo fin último se circunscribe al interés y felicidad de la sociedad, ya que todo lo demás resultará *caprichoso, innatural e incluso supersticioso*⁷⁴⁷. Como afirma HUME: *“...el único fundamento del deber de obedecer, consiste en la ventaja que proporciona a la sociedad el preservar la paz y el orden entre los hombres”*⁷⁴⁸.

Partiendo del individualismo propio de esta escuela, la peculiaridad intrínseca al utilitarismo resulta un enfoque meramente agregativo, ya que, como reitera el autor argentino *“...se sostiene que el enfoque agregativo y no distributivo del utilitarismo deriva de fundir los intereses de los individuos en un sistema unitario, desconociendo que son intereses de personas distintas y separadas”*⁷⁴⁹. Esta afirmación nos introduce de lleno en la idea que nutre el modelo utilitarista de derechos, conforme al cual, supuestamente, en el mismo no caben desigualdades, pues todos los miembros del grupo social obtienen el mismo rédito; paralelamente, tampoco pueden ser aceptadas acciones positivas que compensen las desigualdades de algunos grupos más necesitados, pues conllevaría la creación de situaciones privilegiadas,

⁷⁴⁵ Idem. Pág. 157.

⁷⁴⁶ NINO, C.S. *“Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación”*. Ob. Cit. Pág. 242.

⁷⁴⁷ HUME, D. *“De la moral y otros escritos”*. Ob. Cit. Pág. 39.

⁷⁴⁸ Idem. Pág. 49.

⁷⁴⁹ NINO, C.S. *“Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación”*. Ob. Cit. Pág. 242.

incompatibles con las tesis utilitaristas. En consecuencia, la maximización del beneficio de la colectividad lleva a la rebaja del nivel de atención y de bienes primarios a repartir, aunque resulte su distribución igual para todos los miembros del grupo. En el seno de una posición utilitarista ese fin exige el sacrificio de las necesidades de colectivos especialmente necesitados, que no ven satisfechas en su integridad sus necesidades especiales. Es por ello que, alejándose del liberalismo kantiano, en el modelo utilitarista, los individuos no son fuente de reclamaciones, sino fuente de bienestar para el bien común; resultan ser, por lo tanto, un medio para lograr el bienestar de la comunidad; esto es, el sentido agregativo que apuntaba NINO, anteriormente. Contradice, pues, la máxima del pensamiento kantiano, según el cual los individuos han de ser un fin en sí mismos y no un medio. El carácter instrumental de los miembros de la sociedad resulta, a mi juicio, muy poco respetuoso con el respeto al pleno desarrollo de la dignidad de la persona; valor superior del ordenamiento jurídico.

En esta última idea se centra, igualmente, la crítica que formula SEN a esta teoría: *“...consideraban que el bienestar individual está representado por la utilidad individual y se identifica típicamente con la felicidad individual. Ellos también –se refiere a Bentham, Edgeworth, Marshall, Pigou- tendían a ignorar los problemas de desigualdad en la distribución del bienestar y de la utilidad entre las personas”*⁷⁵⁰. El ataque adquirió un tinte especialmente intenso en el caso de BENTHAM quien, en palabras de SEN dijo: *“El derecho, el derecho sustantivo, es el hijo de la ley; de leyes reales proceden derechos reales; pero de leyes imaginarias, de leyes naturales, sólo pueden proceder derechos imaginarios”*⁷⁵¹. Llevado de un positivismo desproporcionado, el padre del utilitarismo niega la existencia misma de los derechos del hombre no positivizados; para ello, afirma que los derechos, privilegios, inmunidades o exenciones son entes ficticios que se instituyen como límites al poder del señor, siendo los tipos de servidumbre que han de ser creados o mantenidos una cuestión que debe ser resuelta por la rama civil de la legislación⁷⁵². Como afirma el autor indio: *“La comparación apropiada es, de seguro, entre una ética*

⁷⁵⁰ SEN, A. *“La idea de la Justicia”*. Ob. Cit.307.

⁷⁵¹ Idem. Pág. 394.

⁷⁵² BENTHAM, J. *“An introduction to the principles of morals and legislation”*. Ob. Cit. Pág. 241.

basada en la utilidad (defendida por Bentham), que ve importancia ética fundamental en las utilidades pero no en las libertades, y una ética basada en los derechos humanos, que da cabida a la importancia básica de los derechos como libertades y obligaciones correlativas (defendidas por los abogados de los derechos del hombre)”⁷⁵³.

Se caracteriza asimismo esta teoría, pues, por una concepción unitaria de lo bueno, sin que quepan, por lo tanto, acciones individualizadas para determinados grupos especialmente necesitados, ni pacto colectivo alguno; no tiene en cuenta el deseo individual de libertad ni la existencia de barreras impuestas por la vida en comunidad que coarta el desenvolvimiento de ese deseo en plenitud. Es más, conforme pone de manifiesto DWORKIN: *“Los utilitaristas llegan a suponer que el error moral desaparece de forma gradual porque las personas que sufren tienen un mayor incentivo para presionar por los principios de igualdad que otras personas tienen para resistir a estos principios”⁷⁵⁴*. No obstante, se puede ver que, en la práctica, esta posición mecanicista no resulta real, en la medida en que la situación de desigualdad resulta palpable en amplios sectores de la sociedad. Como el propio RAWLS manifiesta *“el utilitarismo no considera seriamente la distinción entre personas”⁷⁵⁵*. Es por ello que este espíritu le lleva a él a afirmar que los valores sociales se distribuyen igualitariamente a menos que una distribución desigual de alguno, o de todos, de estos valores sea ventajoso para todos⁷⁵⁶. Pese a que en reformulaciones posteriores (1981) llevase a cabo la incorporación a su teoría de justicia del principio de igualdad de oportunidades, sigue manteniendo la tesis utilitarista de que las desigualdades deben admitirse en la medida en que resultan beneficiosas para todos. Esta reformulación que acomete le lleva a redactar su segundo principio de justicia, otorgándole la redacción siguiente: *“Las desigualdades sociales y económicas habrán de disponerse de modo que sean tanto (a) para el mayor beneficio de los menos aventajados, como (b) ligada con*

⁷⁵³ SEN, A. *“La idea de la Justicia”*. Ob. Cit. Pág. 394.

⁷⁵⁴ *“Utilitarians may suppose that moral error gradually disappears because people who suffer have a greater incentive to press for egalitarian principles than other people have for resisting those principles”*. DWORKIN, R. *“Justice for Hedgehogs”*. Ed. The Belknap Press of Harvard University Press. 2011. Pág. 87.

⁷⁵⁵ RAWLS, J. *“Teoría de la Justicia”*. Ed. Fondo de Cultura Económica. 1997. Pág. 38.

⁷⁵⁶ Idem. Pág. 69.

*cargos y posiciones asequibles a todos en condiciones de justa igualdad de oportunidades*⁷⁵⁷.

La evolución de estos autores señeros no ocultan las insuficiencias del modelo utilitarista, como las que ha puesto de manifiesto SEN. En realidad, las reformulaciones que en su utilitarismo RAWLS llevó a cabo no profundizan en las carencias estructurales de este modelo como la insuficiente consideración de las necesidades especiales de determinados miembros de la comunidad y las desigualdades que esta situación les crea. El alcance global de la distribución de los recursos que se lleva a cabo en la sociedad, según este modelo, no alivia sus resultados, claramente insuficientes. Por otro lado, resulta preciso destacar que, como pone de manifiesto NUSSBAUM, los recursos constituyen un índice inadecuado del bienestar, dado que los seres humanos tienen necesidades variables de recursos, y también capacidades variables para convertir los recursos en funcionalidades⁷⁵⁸. Para esta filósofa norteamericana el enfoque utilitarista parece, en principio, interesarse por las personas, pero, en el fondo, éstas no le importan tanto como la obtención de un indicador único que ignora y borra buena parte de lo que las personas hacen para buscar y encontrar valor en sus vidas⁷⁵⁹. El utilitarismo descuida la inalienabilidad de ciertos elementos de la identidad, descuida el relieve ético de los límites de las personas; en tanto que teoría de la medida pública, el utilitarismo está comprometido con la suma de satisfacciones, trata a los individuos como centros de placer y dolor, de satisfacción e insatisfacción, y esta teoría, en cuanto que procede por mera adición, no le da un peso especial al hecho de que estén separados unos de otros⁷⁶⁰. Por ello, resulta claramente insuficiente esta teoría para justificar una política social que allegue determinados elementos a ciertas personas, como las personas con discapacidad, con el fin de garantizarles unos mínimos niveles de igualdad. Prefiere, pues, al individuo con discapacidad aislado, en la medida en que las utilidades disminuidas que aporta esta persona, se compensen con las

⁷⁵⁷ Idem. Pág. 88.

⁷⁵⁸ “...Resources are inadequate as an index of well-being, because human beings have varying needs for resources, and also varying abilities to convert resources into functioning”. NUSSBAUM, M.C. “Frontiers of Justice”. Ob. cit. Pág. 75.

⁷⁵⁹ NUSSBAUM, M.C. “Crear capacidades”. Ob. cit. Pág. 74.

⁷⁶⁰ NUSSBAUM, M.C. “Capacidades humanas y justicia social” en VV.AA. “Necesidad, desear, vivir. Sobre necesidades, desarrollo humano, crecimiento económico y sustentabilidad”. Ob. cit. Pág. 84.

incrementadas que aportan otras sin discapacidad; al final, la media de justicia social quedaría la misma. Este tipo de sociedad, justa en un sentido formal, encierra una clara injusticia en sí misma.

Como tendré ocasión de ver, con posterioridad, no hay, en realidad, mecanismos sociales internos automáticos que corrijan la desigualdad; resulta preciso el establecimiento de acciones positivas en el entorno social, con el fin de que determinados colectivos no se vean condenados definitivamente a la desigualdad, sin que, por ello, se deba renunciar a uno de los principios básicos del liberalismo que es la máxima potenciación del individuo, en el marco de su dignidad humana. En relación con este fin, el utilitarismo resulta claramente insuficiente, en la medida en que traslada el esquema individual de valores al entorno colectivo, sin tomar en consideración las necesidades individuales que aquejan a sus miembros, ni si estos valores tienen una auténtica raigambre colectiva y, por lo tanto, dignos de ser protegidos. En cuanto maximiza el resultado de la consideración agregativa de cada uno de los miembros del colectivo, no deja de alienar al individuo mismo; de su consideración como sujeto de especiales intereses y necesidades que merecen ser protegidas.

2.1.2. El modelo del constructivismo ético

La tradición iusnaturalista ha actuado como fundamento del constructivismo. NINO encuadra a alguno de estos autores liberales, entre los que destaco a J. Rawls junto R.M. Hare, bajo una categoría de moralidad a la que se denomina, a su vez, “*constructivismo ético*”⁷⁶¹. Según refiere el autor argentino: “*La idea central del constructivismo ético es que los juicios morales se justifican sobre la base de presupuestos procedimentales y aún tal vez sustantivos, de esta práctica social en cuyo contexto se formulan*”⁷⁶². Como asimismo destaca, se trataría de un ejercicio práctico destinado a resolver conflictos a través de la coincidencia de acciones y actitudes obtenida mediante la libre adopción de unos mismos principios; principios superiores a la autoridad positiva y que fundamentan la fuerza creadora del Derecho. Si se plasma este modelo sobre el valor de la justicia social, resulta que se elaboran unos

⁷⁶¹ NINO, C.S. “*Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*”. Ob. Cit. Pág. 91.

⁷⁶² NINO, C.S. “*El constructivismo ético*”. Ob. Cit. Pág. 11.

principios fundamentales que derivan, a su vez, de otros principios; de esta manera, se responde a la pregunta de qué reglas de gobierno deben adoptarse para una vida social en común⁷⁶³.

Bajo este modelo de moralidad, teniendo como precursores a Hobbes y Kant, se distingue la moral social, positiva y vigente, de la moral ideal o crítica, entendiendo que es la mayoría de la sociedad la que determina los estándares de bondad y corrección moral⁷⁶⁴. El nexo común entre todos estos autores resulta ser la posibilidad de crear unos principios éticos comunes para toda la sociedad; válidos para todo tipo de personas y de situaciones. Este exceso de generalización de partida, trae como consecuencia que los autores que se abonan a esta teoría no profundicen en el análisis de los errores que el sistema plantea, dado que lo que interesa es la generalización de esos valores; reflejo de ello es la afirmación de ALEXANDER quien afirma de RAWLS, lo siguiente: *“En el liberalismo político de Rawls no hay un intento ni de definir la bondad, ni hay intento de perseguirlo”*⁷⁶⁵. Esta valoración resulta, a mi juicio, muy ilustrativa de los términos en los que van a desarrollar estos autores su propia idea de justicia, en la que, como indicaré, tiene difícil cabida las necesidades de determinados colectivos; en parte por el motivo, como refiere NINO: *“...Rawls alega que su concepción de la persona no es metafísica sino política”*⁷⁶⁶. Se elaboran, pues, unos principios morales que, aceptados o impuestos por una determinada autoridad en el seno de la sociedad, puedan finalmente plasmarse en preceptos normativos, pese a que resulten insuficientes para atender las lesiones que afecten a los grupos excluidos de protección. Por otro lado, como he apuntado anteriormente, los DESC sufren la aporía de depender en su actual configuración del poder político para su exacción, por lo que una tesis como la constructivista no facilita su arraigo en la sociedad.

Por ello, la crítica negativa que formulo a esta teoría se resume en las siguientes palabras de HABERMAS sobre la posición constructivista: *“Pueden*

⁷⁶³ COHEN, G.A. *“On the currency of egalitarian justice, and other essays in political philosophy”*. Ob. Cit. Pág. 237.

⁷⁶⁴ NINO, C.S. *“Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación”*. Ob. Cit. Pág. 92.

⁷⁶⁵ *“In Rawl’s political liberalism there is neither an attempt to define the good nor is there an endeavour to pursue it”*. ALEXANDER, J.M. *“Capabilities and Social Justice. The Political Philosophy of Amartya Sen and Martha Nussbaum”*. Ed. Ashgate. 2008. Pág. 32.

⁷⁶⁶ NINO, C.S. *“Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación”*. 2ª edición. Ed. Astrea. 2007. Pág. 177.

*darse como fundamentadas las convenciones que se han establecido de modo claro, de esta manera, más bien se ponen, en lugar de ponerse al descubierto, los fundamentos del conocimiento*⁷⁶⁷. El filósofo alemán entiende que el interés de RAWLS en especificar que su concepción de justicia es una concepción política y no metafísica, esconde una falta de claridad acerca de la necesidad de fundamentación⁷⁶⁸. Aquí reside una de las principales objeciones que puedo formular a este modelo ético; da por sentado unos principios que no son objeto de un análisis a fondo. Tal como he recogido en este estudio en el capítulo anterior, la fundamentación de la tesis que formulo exige el enlace de los DESC con la dignidad de la persona, como principio que cualifica la protección que se brinda a ciertos grupos humanos frente a determinadas necesidades; cualificando esta protección mediante unos derechos a los que se debe otorgar el rango de derechos fundamentales. Esta tarea exige un análisis en el que nada puede ser dado por hecho.

La problemática que genera esta teoría se percibe en la posición que mantiene el paradigma de pensador liberal igualitarista, John Rawls. Sobre la expresada idea de moralidad, RAWLS elabora su idea general de justicia, *“la justicia como imparcialidad”*, que ha sido catalogada como contractualista utilitarista, en la medida en que parte de un estado natural inicial, *“la posición original”*, idéntico para todos los ciudadanos, quienes van a regular las relaciones sociales sobre la base de un pacto; se trata de una posición original de igualdad que corresponde con el estado de naturaleza en la teoría tradicional del contrato social⁷⁶⁹. Según el autor, los principios de justicia son *“los principios que las personas libres y racionales interesadas en promover sus propios intereses aceptarían en una posición de igualdad como definitorios de los términos fundamentales de su asociación”*⁷⁷⁰. Este contractualismo ha sido objeto de la crítica de autores como DWORKIN, para quien la justicia no puede provenir de la negociación o, como él manifiesta *“...de los cálculos de las personas que, por sí mismas, no se preocupan para nada de ella...”*⁷⁷¹. El punto de partida de RAWLS

⁷⁶⁷ HABERMAS, J. *“Conciencia moral y acción comunicativa”*. Ob. Cit. Pág. 18.

⁷⁶⁸ VV. AA. *“Jürgen Habermas/John Rawls. Debate sobre el liberalismo político”*. Ed. Paidós. I.C.E/U.A.B. 1998. Pág. 55.

⁷⁶⁹ RAWLS, J. *“Teoría de la Justicia”*. Ob. Cit. Pág. 25.

⁷⁷⁰ Idem. Pág. 24.

⁷⁷¹ DWORKIN, R. *“Ética privada e igualitarismo político”*. Ob. Cit. Pág. 164.

resulta precisamente la igualdad; no obstante, a ello se puede argüir que la igualdad no se consigue con una mera declaración de principios, sino con acciones concretas puestas en marcha por los poderes públicos, por la sociedad civil y los sujetos particulares. Por ello, en relación con el objeto que estudio, la tesis que mantiene no facilita argumentos favorables; a mi juicio, la misma resulta errónea, en la medida en que la propia sociedad es la que genera condiciones de desigualdad, necesidades específicas que generan distinto grado de afectación a distintos grupos sociales. Es por ello que el punto de partida de este autor he de considerar que no sea sólo hipotético, como el propio Rawls sostiene⁷⁷², sino irreal, como indicaré en el apartado siguiente. Para RAZ: *“RAWLS asume sin argumento que el papel social puede ser satisfecho mediante una perfecta doctrina de justicia, por ejemplo, una que crea un gobierno perfecto para su sociedad real. Sin embargo, no hay razón por la que la doctrina sobre la justicia ...no pueda alcanzarse como consecuencia de que las personas sean conscientes de que sus distintos ideales sobre lo bueno, cada uno conducente a una distinta doctrina sobre la justicia, no pueda ser satisfecha a causa del amplio desacuerdo en la sociedad sobre su valor”*⁷⁷³. Para el profesor británico, la doctrina sobre la justicia en RAWLS ocupa un papel secundario⁷⁷⁴; ello es así porque entiende que las partes de la posición original de RAWLS no saben nada sobre sus creencias morales⁷⁷⁵. Para él, cualquier posición al respecto será igual de buena. Por contra, como propone RAZ: *“El papel del Estado será permitir que todos expresen su naturaleza y persigan su concepción sobre lo bueno y su plan de vida, elaborado de forma autónoma”*⁷⁷⁶. Aquí es donde reside una de las principales críticas de este modelo; sólo en la medida en que se actúe conforme a los principios de justicia imperantes en la sociedad, se satisface el anhelo de justicia. Por ello, la crítica de RAZ me parece muy acertada; no se puede permanecer en un principio de justicia formal, sino que se precisa la intervención

⁷⁷² RAWLS, J. “Teoría de la Justicia”. Ob. Cit. Pág. 25.

⁷⁷³ “Rawls assumes without argument that the social role can be fulfilled only by a perfect doctrine of justice, i.e., one which establishes a perfect government for his actual society. But there is no reason why the doctrine of justice ...may not be reached as a result of people realizing that their different ideals of the good, each leading to a different doctrine of justice, cannot be implemented because of the widespread disagreement in society concerning their value”. RAZ, J. “The morality of freedom”. Ob. Cit. Pág. 128.

⁷⁷⁴ Idem. Pág. 128.

⁷⁷⁵ “Given this conception of morality, it is evident that the parties to the original position know nothing of their moral beliefs”. Idem. Pág. 131.

⁷⁷⁶ “The role of the state is to enable all persons to express their nature and pursue their own autonomously conceived conception of the good and plan of life”. Idem. Pág. 132.

de los poderes públicos con el fin de obtener una justicia material para todos y cada uno de sus miembros. Como indica HABERMAS en relación con el papel del pensamiento filosófico en el momento actual: *“Lo que aceptamos como justificado, para otra persona es una cuestión de fundamentación y no un asunto de costumbres vitales”*⁷⁷⁷. Aquí es donde reside, a mi juicio, la fuerza del planteamiento crítico con los constructivismos éticos; es por ello que no se puede dar nada por supuesto, sino que se debe indagar en la fundamentación moral de los DESC. El mantener posturas constructivistas, en parte, ha conducido al escaso papel y presencia que los DESC mantienen en nuestro sistema jurídico, como he reflejado en el capítulo anterior. Como el propio HABERMAS afirma, RAWLS coloca los derechos básicos liberales por encima del principio democrático de legitimación; con ello, RAWLS yerra su objetivo de poner en armonía la libertad de los modernos con la libertad de los antiguos⁷⁷⁸. Es decir, los derechos de autonomía, con los derechos de participación y comunicación política que posibilitan la autonomía personal de los ciudadanos.

Como apunta COHEN, el acercamiento constructivista a la justicia social yerra en la caracterización de la justicia, en cuanto que la trata como algo sensible a determinados tipos de hechos y porque yerra en la distinción entre justicia y otras virtudes⁷⁷⁹. Este es el primer paso para que el concepto de justicia pueda variar en función de las circunstancias sociales o económicas; lo que debe ser terminantemente rechazado. Para MACCORMICK, los deberes de justicia contrastan con aquéllos de, por ejemplo, benevolencia, amor, caridad o modestia; no es posible motivar coactivamente a alguien para que cumpla sus deberes de amor o benevolencia por la simple razón de que el amor y la benevolencia genuinos exigen un compromiso con el otro libremente asumido y plenamente voluntario⁷⁸⁰. El Derecho conlleva la imposición de conductas coactivas, en consideración a la satisfacción del bien común y el interés general.

El pactismo originario de los derechos naturales tuvo una justificación que obedecía a los momentos históricos en los que nació; hoy en día, ese excursus no resulta necesario ya que se encuentran consagrados con carácter fundamental

⁷⁷⁷ HABERMAS, J. *“Conciencia moral y acción comunicativa”*. Ob. Cit. Pág. 29.

⁷⁷⁸ VV.AA. *“Jürgen Habermas/John Rawls. Debate sobre el liberalismo político”*. Ob. Cit. Pág. 43.

⁷⁷⁹ COHEN, G.A. *“On the currency of egalitarian justice, and other essays in political philosophy”*. Ob. Cit. Pág. 237.

⁷⁸⁰ MACCORMICK, N. *“Instituciones del derecho”*. Ob. Cit. Pág. 330.

los derechos individuales de la persona. Existe una conciencia de que la sociedad moderna, tanto en un contexto nacional como internacional, se fundamenta en un principio de igualdad del que se extrae como conclusión que nadie puede resultar excluido de la vida social. No obstante, la justicia igual para todos, en el momento actual, lo que genera es injusticia. Es posible que existan unos principios mínimos, un contenido ético esencial en la comunidad que rige la vida de los ciudadanos; no obstante, las situaciones de injusticia latentes en la sociedad deben conllevar un reforzamiento de la posición de determinados sujetos, como quienes se encuentran en riesgo de exclusión social, con el fin de que se cree un balance en la posición social de estos sujetos. A ello se refiere COHEN cuando plantea que la respuesta a la pregunta de RAWLS sobre qué reglas elegir, no puede resolverse identificando a éstas con la que hagamos a la pregunta de ¿qué es justicia?, en la medida en que nos va a llevar a confundir los principios de justicia con las reglas de regulación⁷⁸¹. Éstas últimas son las que, para COHEN, sirven a la justicia en particular⁷⁸².

Por lo tanto, que el constructivismo que analizo no satisface las especiales necesidades de libertad o igualdad resulta fácilmente colegible de lo expuesto hasta ahora. Para satisfacer las necesidades de justicia de la sociedad actual no resulta suficiente la obtención de unos principios éticos que valgan para toda la sociedad, como he indicado que propugnaba Kant; resulta preciso un enfoque distinto centrado en la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de cada ser humano; sólo así se podrá obtener unos niveles de igualdad material aceptables. Resultará difícil asumir por los miembros de colectivos especialmente necesitados que forman parte de una comunidad social en cuyo seno sus derechos pueden ser sistemáticamente vulnerados, por no formar parte de un grupo mayoritario. Lo justo o injusto no puede ser medido sobre la base de un número mayor o menor de beneficiarios. Como principios fundamentales de justicia se deben considerar la dignidad e igualdad de la persona, la autonomía, libertad y solidaridad; en el campo de las reglas de regulación, en el sentido que apunta COHEN, tendremos los ajustes razonables y todas aquellas medidas que permitan subsanar y prevenir una situación de desigualdad. En la puesta en

⁷⁸¹ COHEN, G.A. *"On the currency of egalitarian justice, and other essays in political philosophy"*. Ob. Cit. Pág. 240.

⁷⁸² Idem. Pág. 240.

marcha de estas últimas se pueden generar desigualdades, que no injusticias, como tratos diferenciados de ciertos colectivos, con el fin de que el valor de justicia no se resienta; son medidas como las expresadas, o las de acción positiva, justificadas por la existencia de situaciones de injusticia latentes.

Otra de las críticas que puedo formular al constructivismo ético es que no guarda relación con el contexto social en el que el Derecho va a ser aplicado. Como indico más adelante, RAWLS no se para a pensar en un primer momento sobre la existencia de condiciones de desigualdad en ciertos grupos sociales respecto del resto de la comunidad. Esta teoría no reconoce la existencia de grupos en riesgo de exclusión, por lo que pasa por ellos *“de puntillas”*.

En el momento actual, existe el convencimiento democrático de la necesidad de desarrollar una sociedad inclusiva en la que todas las personas tengan cabida y puedan desarrollar su libre personalidad, desde su diversidad. Por ello, el uniformismo constructivista no puede dar respuesta a esta nueva conciencia; no genera la fuerza necesaria para ser plasmada en Derecho. Por otro lado, se presuponen ciertas concepciones del bien como la existencia de necesidades básicas indispensables para la realización de los proyectos de vida de las personas, sin indagar sobre las especiales condiciones en que se encuentra cada individuo. La aplicación de una teoría de la justicia sobre la base de la tesis constructivista puede devenir injusta. A mi modo de ver, en relación con el trato brindado a las personas con discapacidad, se ha producido un cambio de paradigma, cuyo primer paso lo supuso la implantación del modelo social de atención a estas personas. En el momento actual, determinadas instituciones como los sistemas de apoyos, o los ajustes razonables, entre otras, exigen teñir el derecho de connotaciones antropológicas: la toma en cuenta de las particulares condiciones de cada individuo, donde ya no valen modelos genéricos. A ello nos conduce la consideración preminente que en este sistema de derechos debe guardar la persona, su proyecto de vida y sus capacidades, para la satisfacción del principio de igualdad de oportunidades. Como apunta HABERMAS analizando la posición constructiva de DWORKIN, la interpretación constructiva sólo puede tener buen suceso en la medida en que en la historia de la que un orden jurídico ha surgido se haya sedimentado algo de *“razón*

existente”⁷⁸³. El problema que generan los DESC es que esa uniformidad o coincidencia necesaria no existe en la sociedad en relación con la cobertura de las necesidades de las personas en riesgo de exclusión y, en concreto, las personas con discapacidad. Asistimos a un momento social en el que estos derechos sufren períodos expansivos y restrictivos sin solución de continuidad; en este momento, parece que el poder político se ha decantado por un liberalismo a ultranza mediante el que pretende suprimir cualquier atisbo de políticas que, previamente, hubiesen sido tachadas de paternalistas. Esta opción política condena, nuevamente, al ostracismo de las personas en riesgo de exclusión y, en mayor medida, las personas con discapacidad. Ante esta situación, la tesis constructivista carece de fundamento.

Las distintas tesis elaboradas por los autores que se acogen a este enfoque constructivista son analizadas en los apartados correspondientes, donde destaco los perjuicios que genera una toma de posición como la indicada, a diferencia de otras teorías más centradas en el individuo como la de *“las capacidades”* que abordo en el capítulo correspondiente. Sobre la base de las consideraciones que efectúo, entiendo que el constructivismo resulta insuficiente para responder al modelo actual de análisis de la significación de los derechos de las personas con discapacidad. Resulta, a mi juicio, un reto importante no sólo para el legislador, sino también para los gestores públicos que deben dar respuesta suficiente a un nuevo sistema de derechos. Se corre el riesgo evidente de que ésta no llegue.

2.1.3. La elaboración de un modelo de liberalismo igualitario

Los autores que voy a analizar son encuadrados por el profesor SEN bajo la categoría del *“institucionalismo”*, pues comparten, bajo distintas orientaciones, un fin común de elaborar unas reglas bajo las que se rige la idea sobre lo que ha de ser considerado como una *“sociedad justa”*; parten de unas tesis que, a pesar de presentar diferencias, comparten una distribución igualitaria de recursos con la que obtener iguales niveles de bienestar. Este conjunto de teorías ha recibido en el momento actual profundas críticas. Como reflexiona desde un punto de vista crítico con esta teoría el profesor SEN: *¿no deberíamos también examinar lo que surge de la sociedad, incluidas las vidas*

⁷⁸³ HABERMAS, J. *“Facticidad y validez”*. Ed. Trotta. 4ª ed. 2005. Pág. 285.

que las personas viven realmente con las instituciones y reglas existentes, así como otras influencias, como el comportamiento real, que afectarían ineludiblemente a las vidas humanas?⁷⁸⁴. SEN acoge lo que viene a ser la mayor oposición que se ha formulado a los autores igualitaristas: el mantenimiento de tesis estrictamente formales, pese a que sobre lo que se argumenta son condiciones de vida materiales. El enfoque que critica SEN impide elaborar una categoría de derechos fundamentales que comprenda no sólo aquellos derechos que facilitan la libertad política, sino los imprescindibles para el desenvolvimiento pleno de la libertad del individuo, como propugno; dado que las reglas y valores morales que constituyen la fundamentación de estos derechos pueden resultar extrapolables a todos los miembros de la sociedad, sin distinción. Por ello, SEN propone sustituir el contrato social, básico en la tesis igualitarista, por una teoría basada en la elección social, ya que ésta permite “...efectuar comparaciones evaluativas sobre distintas realizaciones sociales”⁷⁸⁵. El enfoque que propone resulta radicalmente distinto al propuesto por esta teoría, pero mucho más justo a mi modo de ver, como analizaré, dado que facilita en determinadas situaciones un mayor grado de libertad. Por otro lado, resulta incierto que los miembros de una comunidad hayan aceptado voluntariamente los valores y principios de los que se parte en esta teoría; por esta vía no se aceptaría la posibilidad de posturas disidentes. Como indica CORTINA: “el liberalismo ha situado a los individuos en una contradicción: por una parte, ha engendrado un individualismo basado en los deseos, no en las necesidades, que no puede desembocar sino en egoísmo; por otra parte, el orden político democrático exige cada vez más responsabilidad social”⁷⁸⁶. Como un instrumento para ello, sin duda los DESC tienen atribuida esa función; como instrumentos de una sociedad en la que se reconozcan los límites de los recursos y la prioridad de las necesidades sobre los deseos, compartiendo una concepción de la equidad, que dé a las personas sensación de justicia y de integración en la sociedad⁷⁸⁷.

Dentro del liberalismo igualitarista el profesor SEN enumera entre otros autores a John Rawls, James Meade, Ronald Dworkin, Thomas Nagel o

⁷⁸⁴ SEN, A. “La idea de la Justicia”. Ob. Cit. Pág. 40.

⁷⁸⁵ Idem. Pág. 443.

⁷⁸⁶ CORTINA, A. “Ética sin moral”. Ed. Tecnos. 2010. Pág. 140.

⁷⁸⁷ Idem. Pág. 141.

Thomas Scanlon⁷⁸⁸. El profesor Van Parijs incluye a los indicados Rawls, Dworkin, el propio Sen, Arneson y Cohen; para él los autores de este grupo presentan como característica mantener una concepción de la justicia solidaria o de preocupación igualitaria, que pueden pretender una igualdad estricta o una maximización agregada en lugar de una maximín, al centrarse en los resultados más que en las oportunidades, y no dar ninguna prioridad a la protección de la libertad formal⁷⁸⁹. El profesor belga, desde su economicismo, aboga, en lugar de una igualación de los recursos (iniciales) pertinentes, por una neutralización del efecto que sobre la distribución del bienestar material tiene su desigual propiedad; transfiriendo los recursos alienables de manera que todos puedan alcanzar una calidad de vida que no sea considerada unánimemente como peor que la que logran otros, aunque no alcancen el mismo nivel de satisfacción de las preferencias⁷⁹⁰.

En el seno de esta posición doctrinal distingo dos modelos de justicia diferenciados: la justicia como utilidad y la justicia como satisfacción del interés.

2.1.3.1. El modelo de justicia como utilidad

Bajo esta elaboración, encuadraría la obra de John Rawls, quizás el autor dentro del grupo indicado que ha promovido una mayor profusión de trabajos y artículos doctrinales sobre la misma, lo que da quizás una idea de su alcance. La importancia de este autor y su obra central *“Una Teoría de Justicia”* la expone COHEN, quien afirma que hasta que esta obra apareció la filosofía política era dominada por el utilitarismo⁷⁹¹. Ya he destacado en un apartado anterior las insuficiencias de la formulación utilitarista y las críticas que RAWLS formula al respecto, así como las que a él mismo se efectúan; apartado al que me remito.

Centrándome en la teoría del autor norteamericano, su concepto de igualdad parte de la igual titularidad de bienes sociales primarios, siendo éstos los que resultan imprescindibles para que el individuo satisfaga su proyecto de vida. En este grupo, sitúa las libertades básicas y la equitativa igualdad de

⁷⁸⁸ SEN, A. *“La idea de la Justicia”*. Ob. Cit. Pág. 321.

⁷⁸⁹ VAN PARIJS, P. *“Libertad real para todos. ¿Qué se puede justificar al capitalismo (si hay algo que pueda hacerlo)”*. Ed. Paidós. 1996. Nota nº 55 en pág. 49.

⁷⁹⁰ Idem. Págs. 220-221.

⁷⁹¹ *“Before A Theory of Justice appeared, political philosophy was dominated by utilitarianism...”*. G.A. COHEN, G.A. *“Equality of what? On Welfare, Goods, and Capabilities”*, en *“The Quality of life”*. M. Nussbaum y A. Sen, editores. Clarendon Press. Oxford. 1992. Pág. 9.

oportunidades. Su idea de igualdad resulta una situación de partida, no de llegada, pues RAWLS afirma: *“Podemos decir si queremos que todos los hombres tienen la misma dignidad, afirmando con ello simplemente que todos satisfacen las condiciones de la personalidad moral expresadas por la interpretación de la situación contractual inicial. Y, siendo iguales en este aspecto, han de ser tratados como lo exigen los principios de justicia. Pero nada de esto implica que sus actividades y logros tengan el mismo mérito. Pensar así es combinar la noción de personalidad moral con las diferentes perfecciones que entran en el concepto de valor”*⁷⁹². Resulta, pues, inherente a su idea de justicia distributiva una libertad desigual. La idea de justicia que maneja RAWLS se vincula a unas condiciones sociales representadas por la clase media norteamericana, y a un acercamiento al problema, como manifiestan sus críticos, *“a cierta distancia”*, pues el problema de oponerse al tratamiento de las necesidades como unidades de evaluación social nunca ha sido planteado sistemáticamente ⁷⁹³. Al respecto, como indica RIBOTTA: *“No es relevante para Rawls analizar las reales posibilidades de cada uno para llevar adelante lo que planea de su vida, porque en su modelo de justicia todos tienen garantizada una libertad igual para llevar cabo los planes de vida que racionalmente han elegido y que les dará felicidad, siempre y cuando no violen los principios de justicia”*⁷⁹⁴. Concluyendo esta autora que: *“...el punto de vista es general, debido al velo de ignorancia de las particulares condiciones de vida de las personas, por lo cual descarta toda previsión adicional para individuos con necesidades especiales”*⁷⁹⁵. Coincido con RIBOTTA⁷⁹⁶ en que la teoría de la justicia de John Rawls resulta insuficientemente igualitaria e insuficientemente liberal.

De esta forma, resultaría imposible derivar del concepto de igualdad de oportunidades, que elabora RAWLS, acciones como el conjunto de medidas de discriminación positiva que las necesidades especiales que cada individuo concreto exige, con olvido de principios básicos como la diversidad humana⁷⁹⁷. La idea de justicia de John Rawls se basa en la idea de pacto, expresado

⁷⁹² RAWLS, J. *“Teoría de la Justicia”*. Ob. Cit. Pág. 303.

⁷⁹³ BARRY, B. *“La teoría liberal de la Justicia”*. Ed. Fondo de Cultura Económica. 1993. Págs. 30-31.

⁷⁹⁴ RIBOTTA, S. *John Rawls. Sobre (des) igualdad y justicia*, Ed. Dykinson. 2009, pág. 83.

⁷⁹⁵ Idem. Pág. 88.

⁷⁹⁶ Idem. Pág. 77.

⁷⁹⁷ En este mismo sentido el comentario que formula AÑÓN ROIG, en AÑÓN ROIG, M.J. *“Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación”*. Ob. Cit. Pág. 219.

anteriormente, centrando los principios de justicia que las personas acuerdan en dos puntos: *“Primero: cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de iguales libertades básicas compatible con un esquema similar de libertades para los demás. Segundo: las desigualdades sociales y económicas habrán de ser dispuestas de modo que a la vez que (a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, (b) se vinculen a posiciones y cargos abiertos a todos”*⁷⁹⁸. Dentro de las libertades básicas, RAWLS destaca las siguientes: *“...la libertad política ...y la libertad de expresión y de reunión; la libertad de conciencia y de pensamiento; la libertad de la persona que incluye la libertad frente a la opresión psicológica, la agresión física el desmembramiento...; el derecho a la propiedad personal y la libertad respecto al arresto y detención arbitrarios, tal y como está definida por el concepto de estado de derecho”*⁷⁹⁹. El autor, al partir de la idea de justicia equitativa expresada, obtiene un resultado igual para todas las personas, pero su igualdad resulta de carácter formal, pues en la misma no cabe la exacción de las medidas de igualdad material que contienen los derechos prestacionales en que, fundamentalmente, consisten los DESC. Derechos sin los cuales, en determinados casos, el reconocimiento del ejercicio de las indicadas libertades básicas resulta plenamente ineficaz. Como apunta NUSSBAUM el problema surge en la medida en que el colectivo de personas con discapacidad, por ejemplo, quedó excluido del grupo inicial del contrato social del que parten las formulaciones contemporáneas de justicia⁸⁰⁰; la profesora esboza una crítica fundada de la teoría de RAWLS, para quien los intereses de las personas con discapacidad los extrae él no de una idea de justicia, sino de la caridad⁸⁰¹. Según mantiene, los problemas que afronta la teoría de Rawls deriva de su particular noción de bienes primarios y de los compromisos, derivados de su contrato social, con las ideas gemelas de la *“simple igualdad”* y la *“ventaja mutua”*, no de

⁷⁹⁸ RAWLS, J. *“Teoría de la Justicia”*. Ob. Cit. Págs. 67-68.

⁷⁹⁹ Idem. Pág. 68.

⁸⁰⁰ *“...so it was not surprising that the classical social contract thinkers failed to imagine them as participants in the choice of political principles...”*. NUSSBAUM, M.C. *“Frontiers of Justice”*. Ob. Cit. Pág. 16.

⁸⁰¹ *“...It is in effect out of charity that these interests will be considered later on, not out of basic justice...”*. Idem. Pág. 123.

su kantianismo⁸⁰². Luego añade otros problemas que impiden el pleno respeto y la inclusión de personas con discapacidad, producto de la idea de Rawls de la Posición Original⁸⁰³. La idea de igualdad aproximada y de ventaja recíproca impiden que el enfoque aborde bien aquellos casos en que se dé una acusada asimetría de poder, como es el caso de las personas con discapacidad, a quienes su situación no puede ser corregida con una mera variación de la renta y la riqueza⁸⁰⁴.

Como afirma SEN con una valoración crítica de la teoría de RAWLS, ésta representa: “...un intento de generalizar y llevar a un mayor grado de abstracción la teoría tradicional del contrato social tal como está representada por Locke, Rousseau y Kant”⁸⁰⁵. Aquí reside una de las principales críticas que SEN formula sobre su doctrina; para SEN la imparcialidad del profesor Rawls, comparándola con el “observador imparcial” de Adam Smith resulta ser una “imparcialidad cerrada”. Como él indica: “...lo que distingue el método Rawlsiano, incluso en esta parte, del enfoque smithiano es la naturaleza cerrada del ejercicio de participación que Rawls invoca a través de la restricción del velo de ignorancia a los miembros de un grupo focal dado”⁸⁰⁶. Para el profesor y Premio Nobel indio resulta básica en su concepción de justicia un enfoque global en el que no se tenga en cuenta la posición o herencia de un grupo concreto, sino también aquéllos que, sin formar parte del contrato social, vayan a sufrir las consecuencias de las decisiones adoptadas en el seno de la sociedad. En las páginas finales de su obra “Teoría de la Justicia” RAWLS añade: “Tampoco he tratado de demostrar que la caracterización de los individuos debe emplearse como base de la igualdad”⁸⁰⁷. Por ello, la teoría de la justicia de RAWLS no se desprende de las críticas formuladas. Así, en relación con su análisis sobre las condiciones del principio de diferencia, concluye RIBOTTA que: “...como parte del proceso de exclusión de ciertas consideraciones antropológicas básicas, en la

⁸⁰² “...the problems facing Rawls’s theory derive from his particular use of the notion of primary goods and also from his social contract commitments to the twin ideas of “rough equality” and mutual advantage, not from his kantianism...”. Idem. Pág. 127.

⁸⁰³ “...Kantian citizens could see, ex post, good reasons for having accorded people with impairments full respect and inclusion; the problem is that ex ante, in the Original Position, the social contract framework prevents this route from being chosen...”. Idem. Pág. 128.

⁸⁰⁴ NUSSBAUM, M.C. “Crear capacidades”. Ob. Cit. Pág. 109.

⁸⁰⁵ SEN, A. “La idea de la Justicia”. Ob. Cit. Pág. 99.

⁸⁰⁶ Idem. Pág. 162.

⁸⁰⁷ RAWLS, J. “Teoría de la Justicia”. Ob. Cit. Pág. 460.

teoría rawlsiana no se contemplan las necesidades especiales a la hora de la distribución, con lo que, como consecuencia, las personas con discapacidad quedan, generalmente, en situaciones de desventaja”⁸⁰⁸. La situación de justicia original de la que parte RAWLS no tiene en cuenta aquellas condiciones discriminatorias que dispone la propia sociedad, por lo que, en ese contexto, no todas las personas puedan desarrollar plenamente su libertad; pese a ser aquí donde debe residir en verdad la situación de justicia. Resulta básica la diferenciación que formula el autor norteamericano entre libertad y valor de la libertad; este segundo principio guarda relación con la capacidad de las personas y grupos sociales para desarrollar sus fines personales dentro del sistema de justicia por equidad que el autor define. Este valor de libertad no es igual para todos, siendo éste el valor a compensar. No obstante, las desigualdades sociales las refiere RAWLS no al ámbito de la libertad, sino al del “*valor de la libertad*”. Por ello, el acercamiento de RAWLS al problema resulta meramente formal, como he afirmado anteriormente, en la medida en que no analiza los instrumentos en virtud de los cuales se va a llevar la corrección, pues el valor básico no ha resultado afectado. DWORKIN refiere que él (John Rawls) insistió en la “*prioridad léxica*” de la libertad sobre la igualdad⁸⁰⁹; afirmación que ilustra claramente las valoraciones formuladas en este apartado, lo que, sin duda, le acerca a determinadas posturas liberales extremas, como las que luego examinaré sobre Isaiah Berlin. Como muy acertadamente plantea NINO sobre el autor norteamericano: “*En todo lo que hace a la determinación de los derechos civiles y políticos de los individuos y tal vez incluso a sus derechos económicos y sociales, la reflexión individual es soberana y la discusión y decisión colectiva tiene un valor meramente auxiliar*”⁸¹⁰. Analizando SEN la tesis mantenida por RAWLS en relación con la libertad, concluye que: “*Importa observar aquí que la libertad tiene un lugar en un arreglo social justo que va más allá de reconocer que ella es parte de la ventaja personal, en la misma forma que el ingreso o la riqueza*”⁸¹¹. No obstante, para el profesor SEN el elemento a destacar no son las libertades formales, iguales para todos, como mantiene el autor norteamericano, sino las libertades sustantivas a las que llama “*capacidades*”, lo que demuestra una

⁸⁰⁸ RIBOTTA, S. *John Rawls. Sobre (des) igualdad y justicia*. Ob. Cit. Pág. 154.

⁸⁰⁹ DWORKIN, R. “*Justice for Hedgehogs*”. Ob. Cit. Pág. 263.

⁸¹⁰ NINO, C.S. “*El constructivismo ético*”. Ob. Cit. Pág. 100.

⁸¹¹ SEN, A. “*La idea de la Justicia*”. Ob. Cit. Pág. 331.

postura diametralmente opuesta a la analizada aquí, como indicaré más adelante. Como consecuencia del esquema de valores planteado anteriormente, en el sentido que puntualiza VAN PARIJS, la teoría de la justicia de RAWLS está siendo interpretada como una justificación ideológica de la reducción del estado del bienestar, dado que la maximización de ventajas que propone se plantea, como he apuntado anteriormente en relación con las críticas que formula RIBOTTA, en un ámbito de una sociedad particular bien ordenada⁸¹².

La postura que mantiene RAWLS en relación con las personas con discapacidad se resumen en el extracto siguiente de su obra *“Teoría de la Justicia”*: *“...Ahora supondré que todos tienen necesidades físicas y capacidades psíquicas dentro del ámbito normal, de modo que no se plantean los problemas del cuidado especial de la salud y de cómo tratar a los deficientes mentales. La consideración de estos casos difíciles, además de introducir prematuramente problemas que podrían conducirnos más allá de la teoría de la justicia, puede distraer nuestra percepción moral haciéndonos pensar en personas distantes de nosotros y cuyo destino despierta angustia y compasión”*⁸¹³. Como apunta ALEXANDER: *“...la idea kantiano-rawlsiana de la persona parece sugerir que sólo aquéllos que poseen un cierto nivel mínimo de racionalidad y capacidad moral son elegibles para la cooperación social y peticiones de justicia. Aquéllos que se vea que no alcanzan el umbral mínimo –personas con discapacidades de aprendizaje o físicas, por ejemplo – podrían formular peticiones de caridad o benevolencia, pero no de justicia”*⁸¹⁴. Ello supondría, pues, denegar la racionalidad o el afán de felicidad, la realización como persona en una palabra, a importantes grupos humanos en el seno de la sociedad.

En este mismo sentido, STEIN, citando a los críticos de RAWLS concluye: *“Muchos comentaristas han pensado que Rawls se equivocó en identificar a los menos aventajados, y que los discapacitados, más que los pobres, deberían ser*

⁸¹² VAN PARIJS, P. *“Libertad real para todos. ¿Qué se puede justificar al capitalismo (si hay algo que pueda hacerlo)?”*. Ob. Cit. Pág. 267.

⁸¹³ RAWLS, J. *“Teoría de la Justicia”*. Ob. Cit. Pág. 100.

⁸¹⁴ *“...the Kant-Rawlsian idea of the person seems to suggest that only those who possess a certain threshold level of rationality and moral agency are eligible for social cooperation and claims of justice. Those who are seen not to be reaching the threshold –people with learning or physical disabilities, for example –might have claims of charity or benevolence, but not justice”*. ALEXANDER, J.M. *“Capabilities and Social Justice. The Political Philosophy of Amartya Sen and Martha Nussbaum”*. Ob. Cit. Pág. 46.

*considerados en verdad los menos aventajados en el sistema Rawlsoniano...*⁸¹⁵.

Estas valoraciones sobre la teoría de John Rawls sugiere que nada más lejos de la idea de justicia que una sin la libertad e igualdad plena de sus miembros; no cabe duda que sólo desde un punto de vista meramente formal se puede abstraer su autor de las condiciones materiales en las que su teoría va a ser realmente aplicada.

En otra de sus obras, *“Justicia como Equidad: Una reformulación”* RAWLS rectifica en cierto modo la postura comentada anteriormente y formula una conclusión en relación con las personas con discapacidad, quienes para el autor no cooperan activamente en la sociedad, en los términos siguientes: *“...la sociedad debería suministrar cuidados médicos de tal modo que se permita a la gente reanudar su vida normal como miembros cooperantes de la sociedad; tal cuidado restaurador tiene gran urgencia”*⁸¹⁶. El modelo del que parte el autor norteamericano, con el fin de enmendar su error inicial, resulta un modelo claramente médico o rehabilitador, distinto del modelo social de atención a las personas con discapacidad actualmente imperante; según este modelo al que me he referido anteriormente, las barreras que sufren las personas con discapacidad las crea la propia sociedad, y a ello debe ser dirigida una acción de justicia; es por ello que la elaboración de RAWLS resulta contraria a los avances actuales en el modelo de atención de los colectivos con necesidades especiales. No obstante, introduce en esta segunda obra un principio primario en el sentido de: *“...el primer principio debe ser precedido por un principio primario que exige que las necesidades esenciales se satisfagan, por lo menos en la medida en la que esa satisfacción resulte una condición necesaria para que los ciudadanos comprendan y sean capaces de ejercer productivamente los derechos básicos y libertades”*⁸¹⁷; se puede ver aquí, pues, una mínima corrección en el sentido apuntado, no obstante, la misma resulta insuficiente. En la valoración que efectúa SEN de la teoría de la justicia de Rawls indica: *“...Rawls recomienda correctivos*

⁸¹⁵ “Many commentators have thought that Rawls erred in identifying the least advantaged, and the disabled, rather than the poor, should indeed be considered least advantaged under a Rawlsian system”. STEIN, Mark S. “Distributive Justice and Disability. Utilitarianism against Egalitarianism”. Ed. Yale University Press. 2006. Pág. 108.

⁸¹⁶ “society should provide medical care so as to enable people to “resume their normal lives as cooperating members of society; such restorative care has “great urgency”. Idem. Pág. 111.

⁸¹⁷ “...the first principle “may be preceded by a lexically prior principle requiring that basic needs be met, at least insofar as their being met is a necessary condition for citizens to understand and to be able fruitfully to exercise the basic rights and liberties”. Idem. Pág. 113.

especiales para las necesidades especiales como la discapacidad y la desventaja, aun cuando esto no es parte de sus principios de justicia. Estas correcciones no llegan con el establecimiento de la estructura institucional básica de la sociedad en la fase constitucional, sino que aparecen más tarde con ocasión del uso de las instituciones ya establecidas, particularmente en la fase legislativa⁸¹⁸; destacando asimismo, como he manifestado anteriormente, que: “...en la exaltada posición que Rawls concede a la métrica de los bienes primarios, hay cierta propensión a restar importancia al hecho de que personas diferentes por sus características propias o por la influencia del ambiente físico y social, o por la privación relativa (cuando las ventajas absolutas de una persona dependen de su posición relativa en comparación con otras), pueden tener muy variadas oportunidades para convertir recursos generales como el ingreso y la riqueza) en capacidades: lo que pueden hacer realmente o no”⁸¹⁹. Como colofón, puedo decir, como manifiesta ALEXANDER: “El omnipresente hecho de la heterogeneidad interpersonal en los distintos niveles indica que los bienes primarios constituyen una medida inadecuada para evaluar el beneficio de las personas”⁸²⁰. Ello es así pues, como indica NINO: “La autonomía con que cuenta cada individuo para elegir y materializar planes de vida no es un atributo (como .ej., la inteligencia) que sea independiente del grado en que es poseído por otros. Al contrario, la autonomía de cada individuo depende, al menos en parte, de la de los demás, y es algo que cada uno debe parcialmente a los demás, en el sentido de que la posee gracias a las limitaciones en la autonomía de los demás”⁸²¹. Como demuestran estos comentarios se elimina el punto de partida de la teoría de Rawls.

Como he indicado, la respuesta renovada que da RAWLS a las necesidades de las personas integradas en uno de los colectivos con especiales necesidades más destacados, las personas con discapacidad, resulta insuficiente y completamente desactualizada. El modelo de atención sanitaria a las personas con discapacidad ha sido ampliamente superado en la actualidad; muchos de los problemas de desigualdad infligidos a este colectivo deben ser subsanados

⁸¹⁸ SEN, A. “La idea de la Justicia”. Ob. Cit. Págs. 290-291.

⁸¹⁹ Idem. Pág. 291.

⁸²⁰ “The pervasive fact of interpersonal heterogeneity at different levels indicates that primary goods are an inadequate measure to evaluate people’s benefits”. ALEXANDER, J.M. “Capabilities and Social Justice. The Political Philosophy of Amartya Sen and Martha Nussbaum”. Ob. Cit. Pág. 41.

⁸²¹ NINO, C.S. “Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación”. Ob. Cit. Pág. 343.

mediante métodos conductuales, no médicos. Nuevamente, a este respecto, el autor no esboza una propuesta definitiva y útil para este colectivo, por lo que la teoría del filósofo norteamericano ha quedado, a mi juicio, definitivamente lastrada con las deficiencias antes apuntadas.

Desde el punto de vista de los consumidores, RAWLS plantea una idea de mercado liberal que se autorregula en la oferta y demanda, de tal forma que son los mismos consumidores quienes, en función de sus preferencias en el momento de elegir los bienes de consumo, determinan la calidad y cantidad de la producción, ya que, afirma: “...*existe una función utilitaria que afronta estas preferencias en el sentido de que se elige una alternativa y no otra, en el caso –y sólo en el caso- de que sea mayor el valor de la función para la alternativa seleccionada*”⁸²². Posiciones como ésta se han traducido en una inexistencia de productos adaptados y accesibles a las personas con discapacidad, tal como he indicado en el Capítulo I.

Como ya he indicado anteriormente, tanto en relación con el colectivo de personas con discapacidad, como con el de los consumidores, no se encuentra apoyo ni fundamentación para una acción positiva, mediante la que se logre su anhelada igualdad material. Se ve aquí, pues, el mismo determinismo mecánico que he destacado al abordar las tesis utilitaristas; cómo la sociedad y la economía es la que se autorregula, y en la que no resulta necesaria la intervención del poder público. De esta manera, se oculta el desinterés por entrar a analizar a fondo las causas de la desigualdad, no teniendo que adoptar ninguna acción en consecuencia. Resulta, como ya he manifestado anteriormente, una mera posición formalista; pese a ello, la preocupación de John Rawls por la distribución de los bienes, permitiría encuadrarle en un liberalismo del bienestar. Por el número de opositores que su teoría ha generado, se puede decir que es el teórico de la justicia que más repercusión ha tenido en el pensamiento contemporáneo. Relecturas de la posición igualitaria de RAWLS han sido formulada por autores como COHEN, quien propone que el término a igualar sea el de “*acceso a la ventaja*”, éste sería un término análogo al de “*funcionalidades*” de SEN; como el autor apunta, mediante este concepto el acento normativo no se sitúa en la capacidad, sino en la consideración de que cualquier ventaja diferencial resulta

⁸²² RAWLS, J. “*Teoría de la Justicia*”. Ob. Cit. Pág. 504.

injusta, salvo que resulte el reflejo de una auténtica elección⁸²³. La posición de este autor resulta interesante desde el análisis que efectuó, ya que la igualación no se produce en términos de la elección, porque en determinados casos no hay tal; en supuestos en que se dé un cierto nivel de determinismo, la situación que se crea será, en todo caso, injusta. Esta tesis resulta interesante desde el punto de vista que analizo, en cuanto que se puede incluir en ese concepto de determinismo las lesiones que padecen colectivos como las personas con discapacidad.

2.1.3.2. El modelo de justicia como interés

La obra de DWORKIN participa abiertamente de los principios que aborda este grupo doctrinal liberal, aunque desde un punto de partida propio: la articulación de Derecho y moral, bajo una perspectiva de vinculación “fuerte” entre uno y otro. Este argumento es utilizado por el autor como crítica al positivismo, en la medida en que, a diferencia de lo que se lleva a cabo conforme esta doctrina, en la posición de DWORKIN no se pueden deslindar los estándares legales de los morales⁸²⁴. Su idea de justicia se encuentra íntimamente unida a su concepción de ética, que gira sobre el modelo de desafío en el que resulta básica la satisfacción de los intereses críticos de los individuos; las metas y objetivos de vida que ellos mismos fijan. La justicia se alcanza cuando esos intereses críticos se satisfacen; como manifiesta el autor: *“El autointerés y la preocupación por la justicia sólo pueden fundirse cuando esta última es parte de la primera”*⁸²⁵. Articula una diferencia entre principios, directrices y otros tipos de pautas, como las reglas y otros estándares de conducta. La diferencia entre unas normas y otras radica en que, en relación con las directrices, generalmente proponen una mejora social, estableciendo metas y objetivos a alcanzar; los principios representan una exigencia de justicia, la equidad o alguna dimensión de la moralidad, y contienen derechos⁸²⁶.

Ronald Dworkin mantiene el igualitarismo de recursos que caracteriza este modelo de justicia liberal que estudio; por ello, los recursos deben entrar

⁸²³ COHEN, G.A. *“Equality of what? On Welfare, Goods, and Capabilities”*, en *“The Quality of life”*. Ob. Cit. Pág. 28.

⁸²⁴ DWORKIN, R. *“Los derechos en serio”*. Ob. Cit. Pág. 102.

⁸²⁵ DWORKIN, R. *“Ética privada e igualitarismo político”*. Ob. Cit. Pág. 164.

⁸²⁶ DWORKIN, R. *“Los derechos en serio”*. Ob. Cit. Pág. 72.

en la ética como parámetros normativos, ya que sólo una concepción basada en los recursos puede satisfacer esa exigencia⁸²⁷; de hecho, manifiesta, que sólo la igualdad de recursos resulta ser la única teoría de la justicia que cuadra con el sentido de la naturaleza del reto ético al que cada uno se enfrenta⁸²⁸. Como DWORKIN manifiesta: “...justicia y ética se funden porque el que mi vida sea buena depende, entre otras cosas, de que la porción de recursos que tengo a mi disposición sea una porción justa”⁸²⁹. Para ello sigue un sistema redistributivo, según el cual se plantea compensar a las personas con discapacidad por las lesiones que sufren⁸³⁰. No obstante, en el tratamiento de lo que el autor denomina “discriminación inversa”, sobre el análisis de determinados casos judiciales de discriminación racial en el acceso a las universidades americanas, admite, en ciertas circunstancias, una política que pone en situación de desventaja a muchos individuos, porque mejora la situación de la comunidad como tal⁸³¹, lo que otorga a su teoría, en este aspecto, unos tintes utilitaristas. Resulta básico para entender esta idea la diferencia que DWORKIN apunta entre “derecho a igual tratamiento”, es decir, el derecho a una distribución igual de oportunidad, recursos o cargas, y el derecho a “ser tratado como igual”, que no es el derecho a recibir la misma distribución de alguna carga o beneficio, sino a ser tratado con la misma consideración y respeto que cualquiera; afirmando que: “En algunas circunstancias, el derecho a ser tratado como igual es fundamental, y el derecho a igual tratamiento, derivado”⁸³²; el motivo es que, entiende el autor norteamericano, que sólo el derecho a ser tratado igual tiene carácter fundamental, pues se sigue de una concepción de la igualdad reconocidamente más fundamental⁸³³. En el análisis de la justificación de tal situación, el autor distingue entre un sentido utilitarista, en cuya virtud el nivel colectivo de bienestar de la comunidad mejore pese a que decaiga el bienestar de algunos individuos, y un sentido ideal, en cuya virtud se entienda que sea más justo o se aproxime más a una sociedad ideal, se mejore o no el bienestar

⁸²⁷ DWORKIN, R. “Ética privada e igualitarismo político”. Ob. Cit. Pág. 169.

⁸²⁸ Idem. Pág. 178.

⁸²⁹ Idem. Pág. 173.

⁸³⁰ Idem. Pág. 161.

⁸³¹ DWORKIN, R. “Los derechos en serio”. Ob. Cit. Pág. 338.

⁸³² Idem. Pág. 332.

⁸³³ Idem. Pág. 390.

promedio⁸³⁴; el autor se decanta claramente por el segundo sentido, al entender que el utilitarismo resulta engañoso, pues en la asunción del bienestar colectivo no se tiene en cuenta las preferencias personales de los miembros de la comunidad, lo que conlleva que se corrompa la idea de igualdad⁸³⁵.

No obstante, en relación con la tesis que mantengo, plantea cuestiones importantes en relación con los derechos fuertes, es decir, aquéllos que pueden ser esgrimidos en todo caso frente al Estado. Justifica DWORKIN ese sentido fuerte de los derechos, citando, por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión, si ese derecho es necesario para proteger la dignidad de la persona; afirmando, al respecto que: *“...si los derechos tienen sentido, la invasión de un derecho relativamente importante debe ser un asunto muy grave, que significa tratar a un hombre como algo menos que un hombre, o como menos digno de consideración que otros hombres. La institución de los derechos se basa en la convicción de que ésa es una injusticia grave, y que para prevenirla vale la pena pagar el coste adicional de política social o eficiencia que sea necesario”*⁸³⁶. Encuentro aquí, precisamente, un factor de conexión para el estudio de los derechos de los colectivos necesitados que estudio pues, como indicaré más adelante, determinados DESC no sólo reportan determinadas condiciones de vida más favorecedoras, sino que se convierten en auténticos instrumentos para el ejercicio de los derechos de los integrantes de estos colectivos en plena libertad.

Siguiendo la línea argumentativa de DWORKIN, estos derechos, por la concurrencia de ese factor de conexión pasarían a convertirse en auténticos derechos fundamentales, *“fuertes”* en su reclamación frente al Estado. La prueba de fe de su confianza en este análisis de los derechos se recoge en la afirmación siguiente: *“La institución de los derechos es, por consiguiente, crucial, porque representa la promesa que la mayoría hace a las minorías de que la dignidad y la igualdad de éstas serán respetadas”*⁸³⁷. Como afirma ALEXANDER con criterio crítico, la prueba de responsabilidad de DWORKIN: *“...se convierte en inadecuada para determinar las exigencias de justicia en relación con las carencias de capacidades básicas, ...la pregunta correcta a*

⁸³⁴ Idem. Pág. 339.

⁸³⁵ Idem. Pág. 342.

⁸³⁶ Idem. Pág. 295.

⁸³⁷ DWORKIN, R. *“Los derechos en serio”*. Ed. Ariel Derecho. 2010. Pág. 303.

*hacer no es si el individuo se identifica con sus preferencias o no, sino más bien si podía haber evitado la desventaja y si la desventaja puede ser superada*⁸³⁸.

No obstante, R. Dworkin mantiene en su libro *“Justice for hedgehogs”* (2011) una interesante distinción entre dos principios éticos insertos en la idea de la dignidad humana, con interesantes consecuencias, en relación con el objeto de mi estudio. Distingue entre el *“respeto a uno mismo”* y *“autenticidad”*; el primero, se refiere a la toma en serio de la vida de cada uno, aceptar que es una cuestión de importancia que su vida resulte una actuación con éxito más que una oportunidad perdida; el segundo, significa que cada persona tiene una responsabilidad individual para identificar lo que cuenta como éxito en su propia vida⁸³⁹. Como comenta en esta obra: *“Para una comunidad que acepta el primer principio de la dignidad, una teoría sobre la igualdad económica es tan solo una teoría de la justicia distributiva: los dos conceptos son idénticos. Para una comunidad que acepta el segundo principio, una concepción sobre la libertad debe mostrar un respeto adecuado por la responsabilidad de cada persona para identificar y perseguir el éxito en su propia vida”*⁸⁴⁰. Esta postura no deja de ser un paso adelante en el sentido que manifestaba respecto del profesor RAWLS; no obstante, resulta un modelo insuficiente, pues, marcado por su profundo liberalismo, no permite fundamentar las intervenciones positivas que, a veces, resultan necesarias para que los propios sujetos afectados desarrollen ese segundo principio. Las críticas que ha recibido la teoría del profesor norteamericano se focalizan en la insuficiencia de postulados prácticos; en no ser consciente de que, en determinados momentos, deben ser abandonadas posturas formales y han de ser puestos en marcha mecanismos para la acción que supriman las barreras que limitan la libertad e igualdad de determinadas personas.

⁸³⁸ “Dworkin’s responsibility-test turns out to be inadequate for determining the requirements of justice with regard to certain basic capability shortfalls, ...the right question to ask is not whether the individual identifies with his preferences or not, but rather whether the individual could have avoided the disadvantage and whether that disadvantage can now be overcome”. ALEXANDER, J.M. “Capabilities and Social Justice. The Political Philosophy of Amartya Sen and Martha Nussbaum”. Ob. Cit. Pág. 120.

⁸³⁹ DWORKIN, R. “Justice for Hedgehogs”. Ob. Cit. Págs.203-204.

⁸⁴⁰ “For a community that accepts the first principle of dignity, a theory of economic equality just is a theory of distributive justice: the two concepts are identical. For a community that accepts the second principle, a conception of liberty must show the proper respect for the responsibility of each person to identify and pursue success in his own life”. Idem. Pág. 349.

2.1.4. El liberalismo no igualitario

Las diferentes teorías que voy a analizar a continuación comparten una línea argumental común: el mantenimiento ilimitado de la libertad individual, pese a que el mismo genere desigualdades sociales. En este grupo de teorías, la pugna entre libertad e igualdad se decanta claramente del lado de la libertad, lo que no deja de resultar un elemento aparentemente esencial al liberalismo clásico, manifestado, como he tratado de recoger en estos apartados, en distintos grados. En un punto medio de la medida indicada, abordo dos teorías que comparten la primacía de la libertad sobre un principio igualitario; esta toma de posición se traduce en que la intervención del Estado debe quedar al margen de los esfuerzos que pueda realizar el individuo. Éste debe llevar a cabo una lucha individualizada por su libertad.

2.1.4.1. Teoría del constitucionalismo negativo

El filósofo y profesor austriaco F.A. Hayek defiende una concepción de liberalismo clásico, al modo de los antiguos “*whigs*”, siguiendo la senda de Burke, Macaulay o Gladstone⁸⁴¹. Bajo la indicada concepción política elabora una teoría calificada como “*constitucionalismo negativo*”, según la cual es la Ley suprema la que sirve para limitar el ejercicio de un poder ilimitado, respondiendo al razonamiento de que: “*Lo malo es el poder político ilimitado*”⁸⁴². Como afirmó HAYEK: “*despojado de lo que podríamos denominar su vaina, el liberalismo es constitucionalismo; es el gobierno de las leyes y no de los hombres*”⁸⁴³; a esta conclusión llega sobre el análisis del constitucionalismo americano, entendiendo que si la coacción responde a principios generales, resulta imposible tomar medidas en relación con individuos determinados. En su virtud, como pone de manifiesto TOUCHIE: “*...no intentó acometer todas las formas de perjuicio importante que podría ocurrirle a un ser humano. Hayek expresó que todas las formas de perjuicio que provienen de una falta de necesidades básicas no es un problema de justicia –mal, sí, pero no injusticia*”⁸⁴⁴. Esta afirmación resulta

⁸⁴¹ HAYEK, F. “*Los fundamentos de la libertad*”. Ob. Cit. Pág. 518.

⁸⁴² Idem. Pág. 513.

⁸⁴³ Idem. Pág. 262. En este mismo sentido, cita a Richard Price quien en 1778 afirmó: “*la libertad está demasiado imperfectamente definida cuando se habla de gobierno de la ley en vez de gobierno de los hombres. Si las leyes están hechas por un hombre o por un grupo de hombres dentro de un Estado y no por el consentimiento común, tal gobierno no difiere de la esclavitud*”. Idem. Pág. 237.

⁸⁴⁴ “*... did not attempt to address all forms of serious harm that might befall a human being. Hayek argued that forms of harm that stem from a lack of basic requirements could not be an issue of justice –an evil, yes,*

una clara muestra de un positivismo exacerbado, en la medida en que las leyes también deben disponer de un contenido ético mínimo, que las haga justas, para garantizar su vigencia. Precisamente, el autor austríaco niega la posibilidad de crear unos valores éticos para toda la sociedad⁸⁴⁵, en los que, por ejemplo, sí cree DWORKIN, como he desarrollado en el apartado anterior.

Desde el punto de vista del análisis político, distingue entre el liberalismo y democracia, sobre la base de que el liberalismo es una doctrina sobre lo que debiera ser la ley, mientras que la democracia es una doctrina, un método, sobre la manera de determinar lo que será la ley⁸⁴⁶. Esto es así en la medida en que, para él, la justicia rige las relaciones interpersonales o sociales, pero no las situaciones de necesidad de los individuos. A esa conclusión llega desde una visión economicista de la sociedad, en función de la cual los más necesitados se beneficiarán, en última instancia del progreso generado por las élites. La idea de justicia de HAYEK no se refiere a la justicia distributiva, pues, como manifiesta ALEXANDER: “... las obligaciones para ayudar a otros se encuentran en su mayor medida excluidas de esta noción de justicia”⁸⁴⁷. El autor austríaco resulta partidario no de la redistribución de los recursos existentes, con el fin de solucionar la pobreza, sino de incrementar los ingresos⁸⁴⁸; para él, existen dos maneras diferentes de enfocar la posibilidad de reducir la desigualdad y de abolir la pobreza mediante una deliberada redistribución: el punto de vista del corto plazo y el del largo plazo; en un momento dado, se puede mejorar la situación de los más pobres entregando lo que se toma de los ricos, pero aunque esta nivelación acelerase temporalmente el ajuste del progreso, acabaría retrasando el movimiento de todos, manteniendo en su posición a los más atrasados⁸⁴⁹. No obstante, la pobreza o las necesidades sociales resultan incompatibles con la

but not an injustice...”. TOUCHIE, J. “Hayek and Human Rights. Foundations for a Minimalist Approach to Law”. Edward. Elgar Publishing Limited. 2005. Págs. 39-40.

⁸⁴⁵ “Not only do we not possess such an all-inclusive scale of values: it would be impossible for any mind to comprehend the infinite variety of different needs of different people which compete for the available resources and to attach a definite weight to each”. HAYEK, F. “The road to serfdom”. Ob. Cit. Pág. 58. También en este mismo sentido, en pág. 64, en la que afirma que resulta una superstición creer que puede haber un acuerdo mayoritario en todo.

⁸⁴⁶ HAYEK, F. “Los fundamentos de la libertad”. Ob. Cit. Pág. 142.

⁸⁴⁷ “Thus, duties to help others are for the most part excluded from this notion of justice”. TOUCHIE, J. “Hayek and Human Rights. Foundations for a Minimalist Approach to Law”. Ob. Cit. Pág. 63.

⁸⁴⁸ “Perhaps no less important is that they should not, by shortsighted attempts to cure poverty by a redistribution instead of by an increase in our income....”. HAYEK, F. “The road to serfdom”. Ob. Cit. Pág. 209.

⁸⁴⁹ HAYEK, F. “Los fundamentos de la libertad”. Ob. Cit. Pág. 77.

idea de justicia que HAYEK propugna, basada en normas racionales y abstractas, a la que denomina *Gesellschaft*. Su liberalismo económico le permite concebir una idea de sociedad en la que su desarrollo y especialización conlleva que el individuo resulte consciente de su progreso, a la vez que lo deja de ser también de la satisfacción de las necesidades básicas. Da por seguro que los requisitos mínimos de la vida social son y serán satisfechos⁸⁵⁰, afirmando al respecto que: *“siempre que el Estado pretende asegurar que determinados individuos obtengan determinados bienes, se requiere cierta clase de discriminación...lo que resulta inconciliable con la sociedad libre”*⁸⁵¹. Discriminación que surge de la imposición de una coacción injusta, en cuanto que limita la acción del hombre libre individual. De hecho, para HAYEK la libertad estriba en un estado en el que la coacción quede reducida al mínimo⁸⁵².

Paralelamente, HAYEK mantiene una idea política sobre la que denomina Regla de Derecho ideal, que resulta incompatible con aquéllas dirigidas a determinados grupos sociales, ya que declara que se viola la Regla indicada si se discrimina a unos grupos sociales respecto de otros⁸⁵³. Conforme a lo dicho, su idea de igualdad es estrictamente de carácter formal, basada en la aplicación por igual de las leyes a todos, elemento esencial para la vida democrática; para este autor la igualdad ante la ley y la igualdad material no solamente son diferentes, sino contrapuestas, pudiendo obtenerse una de las dos, pero no las dos al mismo tiempo. La igualdad ante la ley, que la libertad requiere, conduce a la desigualdad material. El Estado ha de tratar a todos por igual, no debiendo emplear la coacción con vistas a igualar la condición de los gobernados. El Estado debe utilizar la coacción para otros fines⁸⁵⁴. No es que al economista y filósofo austríaco le repugne esa igualdad, al contrario, la encuentra deseable, si bien entiende que resulta contradictoria con la libertad, afirmando: *“El objetar contra el uso de la coacción para imponer una distribución más igual o más justa no quiere decir que uno no la considere deseable. Ahora bien, si se desea mantener la sociedad libre, es esencial que reconozcamos que la deseabilidad de un fin*

⁸⁵⁰ TOUCHIE, J. *“Hayek and Human Rights. Foundations for a Minimalist Approach to Law”*. Ob. Cit. Pág. 206.

⁸⁵¹ HAYEK, F. *“Los fundamentos de la libertad”*. Ob. Cit. Pág. 353.

⁸⁵² Idem. Pág. 31.

⁸⁵³ TOUCHIE, J. *“Hayek and Human Rights. Foundations for a Minimalist Approach to Law”*. Ob. Cit. Pág. 95.

⁸⁵⁴ HAYEK, F. *“Los fundamentos de la libertad”*. Ob. Cit. Pág. 123.

*particular no es suficiente justificación para el uso de la coacción*⁸⁵⁵. Con todo lo deseable que fuera, no configura esa acción como un derecho del individuo, sino que la hace depender de la riqueza de la comunidad⁸⁵⁶. Su acendrada posición contraria a los servicios sociales, a los que ve como un factor político muy importante, así como el instrumento y creación de una nueva concepción de la necesidad y del mérito a cuyas normas se somete cada vez más la vida de los individuos⁸⁵⁷, no le permite apreciar que, en muchos casos, las personas “*especiales*”, aquellas que acreditan unas necesidades particulares no precisan de grandes políticas asistenciales, sino adoptar políticas específicas que exijan de los factores económicos medidas mediante las que se supriman determinadas barreras que les impide vivir en libertad. Como reconoce el apartado e) del Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sobre la interacción de la sociedad con estas personas, a la que he hecho referencia anteriormente, la discapacidad evoluciona y resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno, que se traduce en la evitación de la participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Medidas como el diseño para todos o la mera supresión de las barreras arquitectónicas no conlleva grandes desembolsos, sino, en muchos casos, la existencia de elementos diferenciales en determinados colectivos. Conforme con esta idea apunta NUSSBAUM que la razón por la que una persona tiene menos capacidad que una persona “*normal*” para ir por un espacio público es completamente social⁸⁵⁸.

Simultáneamente, la concepción liberal de la economía que mantiene HAYEK le permite vislumbrar un mercado en el que la decisión de los consumidores, que les permite elegir entre un amplio número de opciones e impide que ninguna de las empresas ejerza un poder monopolístico, resulta la muestra de una decisión individual⁸⁵⁹; esta conclusión resulta hoy en día una realidad contradicha por el funcionamiento mismo de los mercados. En esta

⁸⁵⁵ Idem. Pág. 124.

⁸⁵⁶ Idem. Pág. 139.

⁸⁵⁷ Idem. Pág. 166.

⁸⁵⁸ “...The reason why this person has less capability than the “normal” person to get around in public space is thoroughly social: society has not provided wheelchair access in public spaces”. NUSSBAUM, M.C. “Frontiers of Justice”. Ob. Cit. Pág. 165.

⁸⁵⁹ HAYEK, F. “Los fundamentos de la libertad”. Ob. Cit. Pág. 166.

situación quedaría la aplicación del principio de igualdad formal que propone, pues, con el fin de controlar las prácticas monopolísticas; respecto de ella, justifica una práctica coactiva, conforme a la cual se debe: “... exigirle que sus precios sean los mismos para todos y prohibirle toda discriminación entre sus clientes”⁸⁶⁰. Evidentemente, esta última idea no la desarrolla, ya que me pregunto si no es discriminatorio que ninguno de los productos que se ofrezcan en el mercado resulte accesible para determinadas personas; en estos casos, ¿no debería intervenir el Estado para restituir este déficit democrático? Para el autor austríaco, ésta intervención no cabe.

En realidad, evaluando la posición de HAYEK, sobre las prácticas monopolísticas se debe erigir el poder coactivo del Estado con la aplicación del Derecho de la Competencia, instituyendo órganos administrativos fiscalizadores específicos; no obstante, estos instrumentos se muestran hoy en día como absolutamente ineficaces contra las prácticas restrictivas de la competencia, como los oligopolios encubiertos, impuestos por los grandes grupos económicos, o el suministro de bienes inaccesibles para porciones importantes de la población. A mi juicio, resulta un simplismo argumentar que este poder coercitivo del Estado pueda entrar en dura pugna contra otro derecho reconocido en nuestra Constitución, como el principio de la libertad de empresa, cuando fines de interés general como la permanente exclusión de las personas con discapacidad se encuentran en juego. En realidad, la idea que propugno no consiste en volver al Estado-providencia que tan profundamente combatió el autor austríaco; según él, el criterio de reparto que subyace en este modelo conlleva la asunción de facultades coactivas incompatibles con la libertad, asumiendo el Estado competencias adicionales a la que inicialmente le corresponden, la ley y el orden. En realidad, lo que planteo es la posibilidad de que se adopten medidas positivas en beneficio de los grupos de personas más necesitados, en el marco del libre mercado, utilizando las mismas herramientas que cuando se pretende preservar el resto de fines de interés general.

Como apunte final debo puntualizar que, en realidad, el autor austríaco no estaba en contra de un Estado que interviniese en beneficio de colectivos de personas en situación de necesidad, ya que incluso propugnó que, al

⁸⁶⁰ Idem. Pág. 181.

incrementarse la riqueza del Estado, se podría incrementar asimismo los servicios que preste, sino lo que pone en duda son los métodos que el Estado emplee para llevarlos a cabo⁸⁶¹; viniendo a afirmar que el mantenimiento de la competencia no resulta incompatible con un sistema extensivo de servicios sociales, siempre que la organización de estos servicios no resulten diseñados de tal forma que no resulte la competencia ineficaz⁸⁶². A diferencia de otros autores que analizo en el presente apartado, el funcionamiento del mercado resulta el eje de la teoría de HAYEK; nuevamente, me encuentro con una teoría en la que se manifiesta claramente una visión organicista de la sociedad, aplicando unos mecanismos de autorregulación como instrumento para la solución de los conflictos sociales. Subyace en su obra, pues, la elaboración de una teoría de la justicia, como he dicho anteriormente, fundamentada en un acendrado liberalismo, conforme a la cual impone la abstención del Estado, pese a las situaciones de injusticia que la misma genera. Esta abstención resulta incompatible con la adopción de medidas en el ámbito de la libertad promocional en que consisten los DESC.

2.1.4.2. Teoría del estado mínimo

Bajo esta categoría doctrinal asimismo, analizo un autor, NOZICK, encuadrado por SEN bajo el denominado “*institucionalismo*”, quien junto con otros autores ya destacados como RAWLS y DWORKIN propugnan la tarea de elaborar una teoría de la justicia en la que plasma su idea de “*sociedad justa*”⁸⁶³. No obstante, no es este aspecto el que voy a destacar ahora. En el caso de NOZICK, el individualismo, la consideración de la persona como núcleo de intereses y derechos, alcanza sus más altas cotas. Como manifiesta en el prólogo de su obra más conocida: “*Los individuos tienen derechos, y hay cosas que ninguna persona o grupo puede hacer algo a ellos (sin violar sus derechos)*”⁸⁶⁴. Este individualismo se manifiesta fundamentalmente en la defensa de la autodeterminación de los individuos y la capacidad de éstos de

⁸⁶¹ Idem. Pág. 347.

⁸⁶² “Nor is the preservation of competition incompatible with an extensive system of social services –so long as the organization of these services is not designed in such a way as to make competition ineffective...”. HAYEK, F. “The road to serfdom”. Ob. Cit. Pág. 37.

⁸⁶³ SEN, A. “La idea de la Justicia”. Ob. Cit. Pág. 40.

⁸⁶⁴ “Individuals have rights, and there are things no person or group may do to them (without violating their rights)”. NOZICK, R., “Anarchy, State, and Utopia”, Ed. Basil Blackwell, 1990. Pág. IX

elegir el tipo de vida que quieren desarrollar⁸⁶⁵. El profesor Nozick propugna un llamado “Estado mínimo”, en el que “...el reconocimiento de los derechos socio-económicos y la redistribución de los recursos materiales que se exige para su realización interferirían con los derechos preexistentes y los derechos de propiedad”⁸⁶⁶. El profesor de Harvard limita el Estado a funciones tales como la protección contra el uso de la fuerza, el crimen, fraude, el cumplimiento de los contratos, etc., entendiendo que cualquier otro Estado que exceda esas funciones está injustificado y violará los derechos de las personas a no ser obligados a hacer algo⁸⁶⁷, quedando sólo justificada esa extensión sobre la base de que sea necesario, o el instrumento más adecuado para alcanzar la justicia distributiva⁸⁶⁸. Es en ese estado mínimo donde los seres humanos, en toda su individualidad y complejidad pueden luchar por satisfacer sus aspiraciones utópicas⁸⁶⁹. La concepción de NOZICK figura desprovista de una comunidad que abarque la sociedad y que una a los individuos con valores comunes y fines⁸⁷⁰. En esa idea de Estado mínimo no cabe la función redistributiva de recursos dirigida a las personas en situación de necesidad especial, en la medida en que no cabe bajo la misma sino compensaciones, y no la satisfacción de necesidades o la consecución de la igualdad social⁸⁷¹. No hay derechos de grupo, sino el más puro individualismo. Hay varias razones para ello, según recoge NOZICK: no hay una persona o grupo que se encuentre legitimado para controlar todos los recursos, por lo que no hay una distribución centralizada; una idea de Estado

⁸⁶⁵ ESGUERRA ROA, C. “El individualismo no utilitarista de Robert Nozick”. Universidad Externado de Colombia. 2006. Pág. 65.

⁸⁶⁶ “...recognition of socio-economic rights and redistribution of the material resources required to realize them would interfere with people’s already existing entitlements and property rights”. ALEXANDER, J.M. “Capabilities and Social Justice. The Political Philosophy of Amartya Sen and Martha Nussbaum”. Ed. Ashgate. 2008. Pág. 86.

⁸⁶⁷ “Our main conclusions about the state are that a minimal state, limited to the narrow functions of protection against force, theft, fraud, enforcement of contracts, and so on, is justified; that any more extensive state will violate person’s rights not to be forced to do certain things, and is unjustified;”. NOZICK, R., “Anarchy, State, and Utopia”, Ed. Basil Blackwell, 1990. Prólogo. Pág. IX

⁸⁶⁸ “...a more extensive than the minimal state could be justified on the grounds that it was necessary, or the most appropriate instrument, to achieve distributive justice.”. Idem. Pág. 230.

⁸⁶⁹ “Under it, human beings with all their individuality and complexity can strive to fulfil their utopian aspirations”. FOWLER, M, “Stability and Utopia; a Critique of Nozick’s Framework argument” en CORLETT, J.A. “Equality and liberty. Analyzing Rawls and Nozick”. Ed. Palgrave Macmillan. 2003. Pág. 246.

⁸⁷⁰ “...it is devoid of any society-wide community which would unite all individuals with shared values and ends”. Idem. Pág. 253.

⁸⁷¹ “...such wealth transfers are not really redistributions, because the underlying reasons for them concern compensation and not the satisfaction of needs or the achievement of social equality”. KAVKA, G, “An Internal Critique of Nozick’s Entitlement Theory” en Idem. Pág. 305.

que exceda el Estado mínimo viola los derechos de las personas; el resultado total es el producto de muchas decisiones individuales que los diferentes individuos implicados se encuentran legitimados para hacer⁸⁷². Dentro de ese Estado mínimo es donde se nos trata como individuos inviolables, que no pueden ser utilizados de una cierta manera por otros como medios o instrumentos o recursos; en el seno de ese Estado se les trata a las personas con derechos individuales con la dignidad que ello conlleva⁸⁷³. NOZICK critica incluso la teoría de RAWLS sobre el principio de la diferencia y la necesidad de cooperación entre los mejores dotados y los peores en el estado de naturaleza, entendiendo que la cesión de derechos que ella conlleva no podría llevarse a cabo sin el uso de la fuerza⁸⁷⁴, concluyendo este autor, asimismo, que no hay rastro de los principios de titularidad en la estructura de la situación de las personas en la posición original, de RAWLS; figura básica en la concepción individualista de derechos de NOZICK⁸⁷⁵.

La posición que mantiene resulta claramente insolidaria en la medida en que no encuentra justificación para que se supriman las diferencias en la titularidad de bienes desde la posición original, pues no entiende que esas diferencias resulten arbitrarias desde un punto de vista moral⁸⁷⁶. Nada se dice, pues, de las barreras que la propia sociedad utópica que propugna crea sobre determinadas individualidades que forman parte de ella. Resulta ser, pues, un individualismo que defiende la separabilidad del individuo frente a la sociedad; defiende el orden espontáneo y considera que el todo no es más que la suma de partes, derivando la noción de lo justo de la defensa del individuo⁸⁷⁷. Como expresa ESGUERRA: *“La relación que establece NOZICK entre justicia, individualismo y Estado muestra el predominio del pensamiento liberal de mediados de los años setenta...y el resurgir de una tradición política que*

⁸⁷² “There is no central distribution, no person or group entitled to control all the resources...; the minimal state is the most extensive state that can be justified. Any more extensive violates people’s Rights; ...the total result is the product of many individual decisions which the different individuals involved are entitled to make”. NOZICK, R., “Anarchy, State, and Utopia”. Ob. Cit. Págs. 149-150.

⁸⁷³ Idem. Pág. 334.

⁸⁷⁴ Idem. Nota al pie, pág. 197.

⁸⁷⁵ Idem. Págs. 149-150.

⁸⁷⁶ Nozick afirma: “Thus, in the absence of an argument to the effect that differences in holdings due to the differences in natural assets ought to be nullified, it is not clear how anything about the original position can be based upon the (ambiguous) claim that differences in natural assets are arbitrary from a moral point of view”. Idem. Pág. 227.

⁸⁷⁷ ESGUERRA ROA, C. “El individualismo no utilitarista de Robert Nozick”. Ob. Cit. Pág. 66.

establece las relaciones entre individuos racionalistas desde una perspectiva que defiende el predominio de la libertad individual en un contexto de libre mercado, limitando las funciones del Estado a proporcionar seguridad y proteger los derechos de propiedad”⁸⁷⁸. Su posición libertaria proviene de la atribución de un mayor peso a la libertad que a la igualdad; en consecuencia, su idea de igualdad resulta ser una igualdad formal, pero, como manifiesta ESGUERRA: “...no sostiene que esta igualdad se deba reflejar en la posición social o económica...”⁸⁷⁹. En todo caso, este individualismo conduce a una visión del liberalismo como una teoría de gobierno limitado⁸⁸⁰; ello es así porque, como afirma RAZ, la libertad debe verse como un valor distinguido, pero que a la vez se encuentra íntimamente interconectado con otros, que no puede existir por sí mismo⁸⁸¹. Esta afirmación coincide con lo que vengo afirmando hasta ahora; la libertad e igualdad para el ejercicio de los derechos políticos no puede concebirse sin unas condiciones materiales mínimas en cuyo seno esos derechos puedan ser ejercidos. La teoría de NOZICK, de la misma manera que expresé anteriormente en relación con la teoría de la justicia de RAWLS, resulta extremadamente formalista en el fondo y en la forma; de hecho, como he apuntado anteriormente, parte de la “*posición original*” del profesor de Harvard, en la que las propias necesidades del individuo resulta una realidad que no puede ser tenida en consideración. A mi juicio, esa “*posición original*” no demuestra sino una situación irreal; se parte de una hipótesis que, en la práctica, no tiene por qué darse por cierta. Ésta ha de concurrir efectivamente, para que se desencadene el resto de consecuencias con las que NOZICK elabora su teoría. Sólo sobre esta premisa puede ser primada la libertad sobre la igualdad. ¿Qué ocurre, por ejemplo, cuando las fuerzas coactivas del mercado hacen que prime la rentabilidad económica del sistema productivo, sobre la libertad del individuo; o cuando la oferta de bienes o servicios resulta escasa? La apreciación de la “*posición original*” en una persona con una situación económica acomodada, no puede resultar la misma

⁸⁷⁸ Idem. Pág. 55. También en este mismo sentido, pág. 68.

⁸⁷⁹ Idem. Págs 70-71.

⁸⁸⁰ “*Individualism tends to lead to a vision of liberalism as a theory of limited government*”. RAZ, J. “*The morality of freedom*”. Ob. Cit. Pág. 18.

⁸⁸¹ “*Freedom will be seen to be a distinct value, but one which is intimately intertwined with others, and cannot exist by itself*”. Idem. Pág. 19.

que para quien pretende acceder al mercado de la vivienda, por ejemplo; sus opciones personales se pueden ver notablemente mermadas. En estos casos, los propios principios de justicia que esboza NOZICK devienen, a mi juicio, inaplicables.

2.1.5. El valor absoluto de la libertad

La historia del pensamiento liberal ha propiciado la elaboración de una serie de teorías que, partiendo de un individualismo exacerbado nuevamente, consagran la acción del individuo en el seno de la sociedad. En base a ello, elaboran un ámbito de intervención de aquél frente al Estado, que sólo puede ser alterado en muy contadas situaciones. Representa una posición doctrinal que no admite ni siquiera las excepciones a determinadas situaciones que he indicado en el capítulo I de este trabajo.

Pretendo destacar cómo la configuración de un límite excesivo en el campo de la libertad individual puede, finalmente, perjudicar a otros miembros de la sociedad con especiales necesidades, y, por derivación, a la sociedad misma.

2.1.5.1. El libre desarrollo de la individualidad

En el desarrollo de la concepción de los derechos fundamentales ha tenido influencia clara una tradición dogmática; concepciones distintas del modo de desarrollo de la libertad individual, pueden traer consigo la atribución de una distinta catalogación de los derechos. Es la tensión entre la universalidad y la individuación; esta tensión se traduce en la idea de dar a conocer si el desarrollo del individuo y su libertad se genera en el seno de un conjunto social que le reporta a éste un beneficio personal, o aquélla se obtiene fruto de una lucha individual en la que la máxima decisiva ha de ser la obtención del grado más elevado de libertad individual posible. Son teorías, cuyo punto de llegada puede significar la negación de la libertad.

Dos posiciones destacadas durante el siglo XIX que han tenido su repercusión en la concepción moderna de la libertad han sido la concepción individualista y colectivista de la libertad, representada por la obra de Stuart Mill y Alexis de Tocqueville. Alrededor del concepto libertad se han articulado dos tradiciones diferentes: una empírica, carente de sistema y otra especulativa y racionalista; el uno, el liberalismo "*whig*" típicamente anglosajón del francés, y, el

otro, el liberalismo racionalista del inglés⁸⁸². Cada una de ellas, parte del mismo punto que es el profundo apego a la libertad humana, si bien cada una de ellas resulta el fruto de una concepción distinta del liberalismo; esta cuestión resulta básica, ya que, como expongo en distintos apartados a lo largo de este capítulo, la tradición española establece sus fundamentos en el liberalismo individualista de autores como el propio MILL o LOCKE, que ha impregnado la teoría de los derechos fundamentales hasta nuestros días. Esta síntesis ha tenido su reflejo en la falta de recepción de los DESC como derechos fundamentales.

Bajo una concepción tradicional de la libertad, para John Stuart Mill la libertad consistía en hacer lo que uno quiere, *“lo que nos plazca”*⁸⁸³, ya que el único objeto que autoriza a los hombres, individual o colectivamente, a turbar la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes, es la propia defensa⁸⁸⁴, que no nos veamos perjudicados por otro. Su idea de libertad, si bien planteaba argumentos interesantes para la tesis que presento como el desarrollo de la individualidad frente a la mayoría⁸⁸⁵, desarrollando los gustos de cada uno y sus inclinaciones, por contra, el pensador liberal inglés no reconocía ese ámbito de libertad a todos los seres humanos, ya que no otorgaba ese derecho a quienes no se hallaran en plenitud de facultades, ya que, conforme afirma: *“...aquéllos que están en edad de recibir todavía los cuidados de otros, deben ser protegidos, tanto contra los demás como contra ellos mismos”*⁸⁸⁶. Situación que podría, pues, hacer extensiva a las personas con discapacidad.

MILL, si bien hace hincapié en la diversidad o en la huida de un modelo uniforme de sociedad, no pone las bases para que, esa misma sociedad, potencie aquélla. Su concepción de libertad, siguiendo a HOBBS, era simplemente la ausencia de oposición, de impedimentos externos para moverse⁸⁸⁷. MILL cree en un futuro utópico en el que el hombre alcanzará la seguridad total; seguridad que consiste en la total igualdad social de todos los

⁸⁸² NEGRO PAVÓN, D. *“Individualismo y colectivismo en la ciencia social. Ensayo sobre Tocqueville y Stuart Mill”*. CSIC. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto Balmes de Sociología. 1971. Pág. 5.

⁸⁸³ Mill, J.S *“Sobre la libertad”*. Ob. Cit. Pág. 21.

⁸⁸⁴ Idem. Pág. 17.

⁸⁸⁵ *“Cada persona, cuanto más desarrolla su individualidad, más valiosa se hace a sus propios ojos y, en consecuencia, más valiosa se hará a los ojos de los demás”*. Idem. Pág. 93.

⁸⁸⁶ Idem. Pág. 18.

⁸⁸⁷ NEGRO PAVÓN, D. *“Individualismo y colectivismo en la ciencia social. Ensayo sobre Tocqueville y Stuart Mill”*. Ob. Cit. Pág. 8.

hombres⁸⁸⁸. No obstante, el autor no recoge en modo alguno que esta igualdad se consiga por medio de la acción; la pregunta que suscita es la de que ¿si el concepto de libertad es uno meramente racional, qué vía se le reconoce a quienes como las personas con discapacidad o las mujeres, deben vivir con situaciones de exclusión social? Pese a su posición avanzada en relación con los derechos de las mujeres, no obstante, su teoría no aporta soluciones.

Lo que discute TOCQUEVILLE, por su parte, es si una sociedad puede subsistir, a la larga, con una ética tan poco elevada como la del individualismo, que convierte a la persona en un mero consumidor de bienestar, de recursos económicos, más que en un verdadero ciudadano; anticipa así la crítica del Estado de Bienestar y la sociedad de consumo⁸⁸⁹. Entiende que en el estado social democrático, las necesidades económicas se satisfarán con relativa facilidad y no constituirán un problema⁸⁹⁰. Le preocupa la consideración global de los hechos sociales, como a Montesquieu, la sociedad en conjunto como tal⁸⁹¹. Para él el hombre participa de un todo orgánico que es la sociedad, y éste realiza la libertad en este entorno; la libertad, para el autor francés, es libre arbitrio, responsabilidad del propio destino, principio y fin de la praxis del hombre⁸⁹². No obstante, la libertad para éste no deja de ser un principio, no meramente racional como mantiene MILL, sino como algo que de alguna manera ha venido a crear un hábito —una segunda naturaleza— en el hombre europeo, fruto de un largo proceso histórico⁸⁹³. Esta visión sociológica de la libertad deja albergar dudas de que resulte posible elevar el grado de libertad en el seno de una sociedad, como consecuencia de las acciones de mejora que en la misma se acometa, con el fin de elevar la felicidad de sus miembros. Desde esta concepción, la libertad no puede resultar analizada desde lo racional, por lo que no cabe arbitrar esas medidas aunque resulten imprescindibles para determinadas personas. La libertad resulta el fruto no de una acción individual que lucha por ella, sino un concepto sobreentendido en una sociedad

⁸⁸⁸ USATEGUI, E. “Ciencia y libertad en Stuart Mill y Tocqueville”. Revista Anuario filosófico. 1987. Vol. 17. Nº 1. Pág. 98.

⁸⁸⁹ NEGRO PAVÓN, D. “Individualismo y colectivismo en la ciencia social. Ensayo sobre Tocqueville y Stuart Mill”. Ob. Cit. Pág. 9.

⁸⁹⁰ Idem. Pág. 21.

⁸⁹¹ Idem. Pág. 21.

⁸⁹² USATEGUI, E. “Ciencia y libertad en Stuart Mill y Tocqueville”. Ob. Cit.. Pág. 91.

⁸⁹³ NEGRO PAVÓN, D. “El liberalismo de Alexis de Tocqueville y de John Stuart Mill”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Revista de estudios políticos. 1969. Nº. 167. Pág. 146.

democrática. La libertad política es bálsamo para las desigualdades: útil cuando las condiciones son desiguales, se hace necesaria en la proporción en que estas condiciones se igualan⁸⁹⁴. Resulta, como se deduce de las palabras de TOCQUEVILLE la panacea, el remedio contra la acomodación que genera la vida democrática.

Es un modo de concepción de la sociedad orgánico; mientras que para MILL lo es por la suma de individuos y de sus intereses particulares. MILL entiende que los hechos sociales son el resultado de los actos y de las situaciones humanas, siendo las diferencias entre los individuos una suerte de accidentes debidos a las circunstancias; el individuo no es sino una parte de esa naturaleza humana cuyo resultado verdadero e integrador es la sociedad⁸⁹⁵. Llevado de su utilitarismo, el individuo es un ser carente de voluntad dentro del marco social, ya que a éste sólo le cabe actuar conforme a la ley del máximo beneficio social.

Ciertamente, ni de una u otra teoría se puede extraer una argumentación favorable a la concepción de los derechos sociales como derechos fundamentales; en la pugna entre los principios de libertad e igualdad, en ambos, impera la libertad, con los matices que he indicado anteriormente. TOCQUEVILLE, por ejemplo, plantea una idea de igualdad previa, incluso a la libertad; se trata de una igualdad formal. Esta igualdad es el resultado de una lucha de clases de lo que denomina la vieja sociedad, en la que el individualismo y todos sus vicios establecen su dominio, contribuyendo a dividir a los hombres y a que cada uno busque la luz por sí mismo⁸⁹⁶. A Diferencia de la libertad política que se adquiere con sacrificios y se apoderan de ella con muchos esfuerzos, los placeres que procura la igualdad se ofrecen por sí solos, y para disfrutarlos sólo hace falta vivir⁸⁹⁷. De esta situación de igualdad en la que todos los ciudadanos se acomodan, surge la tiranía⁸⁹⁸; éste es el riesgo que se corre en democracia, y que no existe en un sistema aristocrático, en cuyo seno todos los ciudadanos y ciudadanas se encuentran muy unidos. A partir de esta idea, desarrolla la

⁸⁹⁴ TOCQUEVILLE, A. *“La democracia en América”*. Vol. II. Ed. Trotta. 2010. Pág. 857.

⁸⁹⁵ NEGRO PAVÓN, D. *“Individualismo y colectivismo en la ciencia social. Ensayo sobre Tocqueville y Stuart Mill”*. Ob. Cit. Pág. 43.

⁸⁹⁶ TOCQUEVILLE, A. *“La democracia en América”*. Ob. Ci. Págs. 704-705.

⁸⁹⁷ Idem. Pág. 843.

⁸⁹⁸ Idem. Pág. 858.

necesidad de desarrollo de entidades asociativas como un factor de contrabalance de la debilidad que genera la vida democrática⁸⁹⁹.

Al mismo tiempo, se extraen conceptos importantes que pueden nutrir la línea argumental que sigo en este trabajo: la alienación que genera el espíritu formal de la democracia actual. Si bien es cierto que TOCQUEVILLE propugna el desarrollo de la persona como ciudadano, con el fin de superar el individualismo que hace mella en la vida social, entiende que, paralelamente, la persona y sus necesidades individuales se diluyen en ese entorno social. Como indica ROS CHERTA: *“El humanismo tocquevilliano ve en la libertad entendida como autonomía, y no en la independencia individualista, el fundamento práctico-normativo de una personalidad genuinamente democrática; ahora bien, para que haya verdadera autonomía, hace falta que los individuos salgan del estrecho círculo de su vida privada, y que se vinculen solidariamente en torno a valores compartidos e intereses comunes, el sujeto individual no es un yo propiamente autónomo sin la mediación intersubjetiva de un nosotros social que lo propicie y perfeccione”*⁹⁰⁰. Esta es la idea que voy a desarrollar a continuación.

Fruto del ideal colectivo de la humanidad del siglo XVIII, las posiciones de ambos contribuyen a crear la idea del *“hombre masa”*, del que MILL fue precursor; éste no distingue entre masa y pueblo y su concepción del *“average man”* hizo mucho para difundir en la sociología europea ese concepto⁹⁰¹. La idea de que al individuo no le cabe la lucha por la igualdad, ya que la misma se diluye en el bienestar generado por la convivencia social. Las desigualdades entre los individuos resultan insignificantes en el seno de la especie humana⁹⁰². De hecho, se apunta a MILL como uno de los inspiradores del liberalismo tecnocrático, es decir, aquél basado en el conocimiento que se cree objetivo en sí mismo⁹⁰³. Como apunta POLLITZER, el crecimiento de la masa ha ocurrido gracias al concurso de tres vectores principales, la difusión de la propiedad, la

⁸⁹⁹ “En los pueblos democráticos todos los ciudadanos son independientes y débiles”. Idem. Pág. 860.

⁹⁰⁰ ROS CHERTA, J.M. “Consideraciones sobre la crítica de A. de Tocqueville al individualismo democrático”. Recerca: revista de pensament i anàlisi. Nº. 1. 2001. Pág. 48.

⁹⁰¹ NEGRO PAVÓN, D. “Individualismo y colectivismo en la ciencia social. Ensayo sobre Tocqueville y Stuart Mill”. Ob. Cit. Pág. 45.

⁹⁰² NEGRO PAVÓN, D. “El liberalismo de Alexis de Tocqueville y de John Stuart Mill”. Ob. Cit. Pág. 142.

⁹⁰³ NEGRO PAVÓN, D. “Individualismo y colectivismo en la ciencia social. Ensayo sobre Tocqueville y Stuart Mill”. Ob. Cit. Pág. 58.

difusión de la inteligencia y el progreso en la capacidad de cooperación, y tiene como contrapartida la pérdida de visibilidad de los individuos tomados aisladamente⁹⁰⁴. Este efecto se percibe en la sociedad democrática contemporánea, en la que, evidentemente, se vive una pérdida de libertad; sobre todo, en relación con los grupos en riesgo de exclusión. A mi juicio, aquí reside, en parte, la base teórica para un sistema democrático formal como el que vivimos. Las raíces utilitaristas de MILL se ven en esta misma idea del “*hombre masa*”, en el que el individuo se pierde en la multitud; donde no hay cabida para proveer medidas de ajuste que alivien la pérdida de libertad que produce sobre determinadas personas la vida en la sociedad actual. Este proceso ha sido analizado por CORTINA, entendiendo que el mismo ha desembocado en el positivismo de la sociedad industrial, destructor del sujeto, de su relación con la naturaleza, creador de un individualismo propio de la cultura de masas y de una democracia desarraigada⁹⁰⁵.

No obstante, a diferencia de MILL, la idea de TOCQUEVILLE sobre el individuo, consiste en que es un ser moral que debe decidir ante cada coyuntura, que crea su entorno y lo modifica a voluntad⁹⁰⁶. Frente a la concepción de MILL, de una suma de individuos, la finalidad de la sociedad consiste en asegurar la felicidad del individuo⁹⁰⁷. Resulta muy interesante el enfoque del autor francés sobre los beneficios que genera la vida en el seno de una sociedad democrática; toma como ejemplo la sociedad americana que ha combatido el individualismo que genera la vida democrática con la libertad, que ha hecho nacer la igualdad, y lo han vencido⁹⁰⁸. No obstante, yo pondría el interés actual no en el principio de la libertad, sino en el de la igualdad. Él mantiene que los hombres serán perfectamente libres porque serán todos completamente iguales, y serán todos perfectamente iguales porque serán enteramente libres; siendo algo a lo que tienden los pueblos democráticos, aunque, como el autor afirma, no sólo se encuentra en las democracias⁹⁰⁹. Se trata, por lo tanto, de una simbiosis artificial,

⁹⁰⁴ POLLITZER, M. “*Individuos perdidos en la multitud: Mill y Tocqueville sobre la sociedad democrática*”. Revista de Instituciones, Ideas y Mercados. Nº 56. Mayo 2012. Pág. 12.

⁹⁰⁵ CORTINA, A. “*Ética sin moral*”. Ed. Tecnos. 2010. Pág. 124.

⁹⁰⁶ NEGRO PAVÓN, D. “*Individualismo y colectivismo en la ciencia social. Ensayo sobre Tocqueville y Stuart Mill*”. Ob. Cit. Pág. 46.

⁹⁰⁷ Idem. Pág. 57.

⁹⁰⁸ TOCQUEVILLE, A. “*La democracia en América*”. Ob. Cit. Pág. 855.

⁹⁰⁹ Idem. Pág. 841.

automática, ideal, que es generada por el hecho mismo de la vida en sociedad. Es de la libertad de donde, en virtud de sus excesos, se compromete la tranquilidad, el patrimonio y la vida de los particulares⁹¹⁰. En cambio, la igualdad la quieren en la libertad de tal manera que incluso los pueblos la buscan en la esclavitud⁹¹¹. No comparto, como es lógico, esta afirmación; la vida en democracia no nos hace libres, sino iguales, y desde la igualdad se llega a la libertad. Sólo una persona que se sienta igual puede considerarse a sí misma como libre. Por esta vía, se desplaza el análisis desde el esfuerzo por la participación activa en la vida social como una obligación ciudadana, a la obligación social de suprimir las barreras que dificultan el desarrollo individual del ciudadano. Por otro lado, apunta a uno de los problemas, a mi juicio, cruciales para entender la situación de los DESC y, muy especialmente, los atribuidos a las personas con discapacidad; me refiero a la tiranía de la mayoría. En este punto, me estoy refiriendo a la tiranía que impone la persona “*standard*” en una sociedad; la difícil cabida que tiene quien resulta diferente. Esta idea se resume en las palabras de TOCQUEVILLE siguientes: “*Cuando las condiciones son iguales, cada uno se encuentra tan pequeño al lado de la masa que no imagina nada equivalente a los esfuerzos de esta última. El sentimiento de su propia debilidad le lleva continuamente a exagerar el poder del género humano*”⁹¹².

No obstante las diferencias que he ido apuntando a lo largo de este apartado entre ambos autores, ambos coinciden en un cierto grado de universalismo, en la medida en que la libertad no es el fruto de una iniciativa individual en un contexto social. Resulta, por lo tanto, como conclusión, un determinismo en virtud del que el individuo queda vinculado en su destino al de la sociedad en la que vive.

2.1.5.2. El triunfo de la libertad negativa

Relacionada con la valoración de MILL sobre la libertad individual, a la que he hecho referencia anteriormente, se encuentra el individualismo libertario del profesor Isaiah Berlin, quien desarrolla su teoría a partir de la distinción entre la libertad positiva y libertad negativa. La primera responde a la pregunta “*por quién he de ser gobernado*”, “*quién es el que manda*”; la idea de libertad negativa

⁹¹⁰ Idem. Pág. 842.

⁹¹¹ Idem. Pág. 844.

⁹¹² Idem. Pág. 743.

responde a aquélla de *“en qué medida he de ser gobernado”, “en qué ámbito mando yo”*. La libertad negativa resulta reflejo de una concepción liberal de derechos según la cual procede la abstención del Estado, mientras que la positiva conlleva el ejercicio de acciones prestacionales por éste; por libertad negativa entiende la ausencia de obstáculos que bloquean la acción humana, ya sean creados por el mundo exterior o por las leyes biológicas, fisiológicas o psicológicas que gobiernan a los seres humanos, entendiendo que hay falta de libertad política cuando los obstáculos son creados por el hombre de forma deliberada como involuntaria⁹¹³. El sentido positivo de la libertad deriva del deseo por parte del individuo de ser su propio amo, que su vida y sus decisiones dependan de sí mismo y no de fuerzas exteriores⁹¹⁴.

Como califica BERLIN estos dos conceptos: *“...No constituyen dos interpretaciones diferentes de un mismo concepto, sino dos actitudes propiamente divergentes e irreconciliables respecto a la finalidad de la vida”*⁹¹⁵. Entiende que los dos ámbitos se encuentran en contradicción, por lo que ante esas situaciones de conflicto, resulta preciso decantarse por uno u otro. El autor lo hace claramente por la libertad negativa, dado que: *“Por las razones o causas que sean, la idea de libertad negativa ..., por muy desastrosas que hayan sido las consecuencias de sus formas desenfrenadas, no ha sido retorcida en la historia por sus teóricos con tanta frecuencia y eficacia, ni ha sido convertida en algo tan oscuramente metafísico y socialmente siniestro como su idea paralela de libertad positiva”*⁹¹⁶, y afirma: *“Soy libre porque soy autónomo y tanto más libre cuanto más autónomo”*⁹¹⁷. Identifica la libertad con el autogobierno, que conceptúa como la eliminación de los obstáculos interpuestos a la voluntad de uno, cualquiera que éstos sean⁹¹⁸.

Parte en la concepción de esos ámbitos de libertad de un exceso de individualismo⁹¹⁹, siguiendo la estela de Kant y sus *“imperativos categóricos”*, como queda reflejado en el aserto siguiente: *“Lo que piden las clases o las nacionalidades oprimidas no es simplemente la libertad de acción no coartada*

⁹¹³ BERLIN, I. *“Dos conceptos de libertad y otros escritos”*. Ob. Cit. Pág. 143.

⁹¹⁴ Idem. Pág. 60.

⁹¹⁵ BERLIN, I. *“Cuatro ensayos sobre la libertad”*. Ob. Cit. Pág. 273.

⁹¹⁶ Idem. Pág. 55.

⁹¹⁷ BERLIN, I. *“Dos conceptos de libertad y otros escritos”*. Ob. Cit. Pág. 66.

⁹¹⁸ Idem. Pág. 80.

⁹¹⁹ Esta idea se resume en la frase siguiente: *“Hay que crear una sociedad en la que haya fronteras de libertad que nadie estará autorizado a invadir”*. Idem. Pág. 104.

*para sus miembros, ni, sobre todo, igualdad de oportunidades sociales o económicas, ni menos aún el que se les asigne un lugar en un estado orgánico y carente de fricciones, ideado por un legislador racional. Lo que quieren, por regla general, es simplemente que se les reconozca (su clase, nación, color, raza) como fuente independientemente de la actividad humana, como entidad con voluntad propia que intenta obrar de acuerdo con ella (sea o buena o legítima), y no ser gobernados, educados o guiados, como si no fueran completamente humanos y, por tanto, totalmente libres*⁹²⁰. *“No por atender las necesidades materiales...se aumenta la libertad”*⁹²¹, ya que, para él, la libertad es libertad, y no igualdad, equidad, justicia, cultura, felicidad humana o una conciencia tranquila⁹²².

Resulta una idea básica para entender su teoría la distinción entre la libertad misma y las condiciones para su ejercicio⁹²³; de tal manera que, si bien se pueden facilitar medios para desarrollar el ejercicio de la libertad, paralelamente, se puede estar restringiendo ésta. Aquí reside, a mi juicio, el eje de la crítica principal que se puede hacer a este autor, ya que KANT, por ejemplo, enmarca la actuación en beneficio de los demás hombres necesitados bajo el concepto de beneficencia, en el marco de la división de los deberes de amar a los demás, como benevolencia que consiste en *“...complacerse en la felicidad (en el bienestar) de los demás; pero la beneficencia es la máxima de proponerse esto mismo como fin, y el deber correspondiente a ello es la coacción del sujeto, ejercida por la razón, de aceptar esta máxima como ley universal”*⁹²⁴. Este mismo concepto se encuentra también en BENTHAM, quien los denomina placeres de buena voluntad, simpatía, de los benevolentes, o de afecto social⁹²⁵. Todas estas actuaciones serían, en todo caso, una manifestación del valor solidaridad, no una obligación con alcance jurídico. Este aspecto no se encuentra recogido en la posición doctrinal de BERLIN, para quien este valor no tiene relevancia en su concepto de libertad.

⁹²⁰ BERLIN, I. *“Cuatro ensayos sobre la libertad”*. Ob. Cit. Pág. 262.

⁹²¹ Idem. Págs 64-65.

⁹²² BERLIN, I. *“Dos conceptos de libertad y otros escritos”*. Ob. Cit. Pág. 52.

⁹²³ BERLIN, I. *“Cuatro ensayos sobre la libertad”*. Ob. Cit. Pág 63.

⁹²⁴ KANT, I. *“La Metafísica de las Costumbres”*. Ob. Cit. Pág. 322. Asimismo, lo considera un deber de todo hombre. KANT, idem, Pág. 323.

⁹²⁵ *“These may also be called the pleasures of good-will, the pleasures of sympathy, or the pleasures of the benevolent or social affections”*. BENTHAM, J. *“An introduction to the principles of morals and legislation”*. Ob. Cit. Pág. 44.

Siguiendo esta línea, el desprecio por los derechos prestacionales se resume en la afirmación de BERLIN, según la cual: *“Lo que es verdad para la confusión de estas dos libertades, o para la identificación de la libertad con las condiciones de ésta, es aún más válido para la ampliación del sentido de la palabra libertad hasta el extremo de que ésta incluya otras cosas deseables, como por ejemplo la igualdad, la justicia, la felicidad, el conocimiento, el amor, la creación, y otros fines que buscan los hombres por ellos mismos. Esta confusión no es solamente un error teórico. Los que están obsesionados con la verdad de que la libertad negativa no vale para mucho sin las condiciones suficientes para ejercitarla activamente, o sin la satisfacción de otras aspiraciones humanas, se prestan a minimizar su importancia, a negarle el título mismo de libertad, a transferirla a algo que ellos consideran máspreciado y, por último, a olvidar que sin ella se esfuma la vida humana, tanto individual como social”*⁹²⁶. Impacta, no obstante, su explicación sobre el concepto indicado y lo que significa para los seres humanos, que guarda conexión con la finalidad de los DESC; explica que sería ridículo decir que una persona sin medios económicos es libre de ocupar una habitación en un hotel caro, porque no podría pagarlo, y afirma: *“...es completamente libre de alquilar la habitación pero carece de los medios para utilizar su libertad. Carece de medios, quizás, porque un sistema económico hecho por los hombres le ha impedido ganar más de lo que gana –pero esto es privación de libertad para ganar dinero no libertad de alquilar una habitación”*⁹²⁷. Su idea de libertad negativa está teñida de una profunda conciencia social, no obstante⁹²⁸. Es por ello, que entiende que la libertad no es el único fin del hombre, y afirma a continuación: *“Estoy dispuesto a sacrificar parte de mi libertad, o toda ella, para evitar la desigualdad rampante o la extensión de la miseria”*⁹²⁹. Coincido con BERLIN, por lo tanto, en el excesivo valor que le ha sido dado a los derechos de participación o derechos de autonomía en nuestra cultura occidental, en comparación con las necesidades sociales; en muchas ocasiones, por

⁹²⁶ BERLIN, I. “Cuatro ensayos sobre la libertad”. Ob. Cit. Pág. 69.

⁹²⁷ BERLIN, I. “Dos conceptos de libertad y otros escritos”. Ob. Cit. Pág. 145.

⁹²⁸ Esta afirmación se extrae de la siguiente declaración: *“...lo que atormenta hoy la conciencia de los liberales occidentales no es que la libertad que buscan los hombres difiera en relación con sus condiciones sociales o económicas, sino que la minoría que la posee la haya conseguido explotando o, al menos, dando la espalda a la gran mayoría que no la disfruta”*. Y antes ha manifestado: *¿Qué es la libertad para aquellos que no pueden utilizarla? Sin condiciones adecuadas para disfrutar la libertad, cuál es su valor?* Idem. Pág. 51.

⁹²⁹ Idem. Pág. 52.

ejemplo, como he afirmado en ocasiones anteriores, lo único que se exige por las personas con discapacidad para el ejercicio pleno de su libertad es la falta de discriminación actitudinal hacia estas personas, la exigencia de consideración social para con unos sujetos con una dignidad plena. No obstante, difiero de BERLIN en el aspecto de que, a mi juicio, la libertad y las condiciones en las que se ejerce resultan dos manifestaciones de un mismo derecho, encontrándose ambas íntimamente unidas.

PECES-BARBA, formulando un juicio crítico del concepto de libertad positiva del profesor BERLIN, afirma: *“La organización jurídica de la libertad – decía-, tanto de la política civil como de la económica social y cultural, sería la legitimidad justa a desarrollar en un sistema jurídico donde el hombre y su desarrollo integral fueran la preocupación de la mayoría (legitimidad formal o democrática). Eso, sobre todo a la altura del tiempo en que nos encontramos, supondría un esfuerzo para construir una teoría jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales como auténticos derechos subjetivos de crédito frente al Estado para evitar los peligros de lo que llama BERLIN la libertad positiva, es decir, de una construcción totalitaria de la igualdad...”*⁹³⁰. En realidad, el profesor BERLIN admite que la justicia y la igualdad son unos ideales y que, en las sociedades existentes, precisan de un cierto grado de coacción, ya que la supresión de los controles sociales conduciría a la opresión de los más débiles⁹³¹; aquí figura contenido, con un fin claramente social, la justificación de ese grado de coacción que se precisa para la defensa de ciertos grupos sociales en riesgo de exclusión.

Independientemente de los excesos a que hubiese podido dar lugar la concepción de libertad positiva que mantiene este autor, el profundo individualismo que impregna su teoría le permite prescindir de la consideración del marco social en el que esa libertad, precisamente, se desarrolla. No siendo ajeno a la existencia de este elemento, no obstante, su concepción absoluta de la libertad lo relega a un segundo plano, de tal forma que admite en su elaborado análisis histórico la existencia de momentos en los que esa libertad individual ha sido posible, aún en sistemas despóticos. Desde una posición de un mero

⁹³⁰ PECES-BARBA, G. *“Reflexiones sobre Derecho y Poder”*, en *“Libertad, poder, socialismo”*. Civitas Monografías. Civitas. Madrid. 1978. Págs. 238-239.

⁹³¹ BERLIN, I. *“Dos conceptos de libertad y otros escritos”*. Ob. Cit. Pág. 79.

observador de la historia, en la etapa moderna no puede ser olvidado que el ejercicio pleno de la libertad individual, y su corolario de derechos humanos y fundamentales, sólo es posible en el marco de una sociedad nutrida por los valores democráticos. Paralelamente, la libertad del individuo no resulta una mera atribución teórica, sino que precisa de cierta dotación de medios, sin la cual la titularidad resulta totalmente ineficaz. Aquí subyace de forma clara la crítica al intervencionismo que genera el Estado social, frente al abstencionismo liberal. No obstante, no puede olvidarse que, como afirma ARA, la libertad tiene un doble sentido, negativo y positivo, y que, como tal presupuesto, es condición, a su vez, de las formas políticas justas⁹³². El desdoble del aspecto positivo y negativo de la libertad lleva indudablemente a la destrucción del concepto, por lo menos en su significación actual. Dado que uno y otro coadyuvan a la realización de la esfera de libertad, y ambos tienen un mismo fundamento, la dignidad humana, la escisión que plantea BERLIN, a modo de dos ámbitos comunicados, no es posible. Como manifiesta NINO: *“...hay medidas aparentemente paternalistas que, sin embargo, no están dirigidas a suplir la voluntad de los individuos sino a hacerla efectiva”*⁹³³. Como digo, la acción positiva contenida en los DESC no restringiría el ámbito de libertad del individuo, sino que se destinaría a suprimir las barreras para que esa libertad e igualdad resulte, en realidad, efectiva.

Ejemplo de ello, resulta otro autor que mantiene una concepción negativa de la libertad individual, NOZICK, a quien he analizado anteriormente. Su excesivo abstencionismo se ve abocado a una idea de justicia negativa, en la que, como manifiesta ESGUERRA: *“Las discusiones en torno a la libertad basadas en una perspectiva individualista como la de Nozick dan prioridad a una concepto de libertad negativa, que sólo se refiere a la ausencia de coerción entre los individuos y al respeto de los espacios individuales de decisión”*⁹³⁴. Propugna este autor, sobre esta base, una idea de Estado abstencionista, en aras a una sacralización de la libertad del individuo. Como resulta evidente, se trata de una posición parcial e insuficiente, dado que no abarca la totalidad de situaciones que pueden darse. Esta insuficiencia ha sido destacada por el profesor CONTRERAS quien concluye que: *“La falacia liberal consiste en hacer pasar la parte por el*

⁹³² ARA PINILLA, I. *“Las transformaciones de los derechos humanos”*. Ob. Cit. Pág. 92.

⁹³³ NINO, C.S. *“Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación”*. Ob. Cit. Pág. 295.

⁹³⁴ ESGUERRA ROA, C. *“El individualismo no utilitarista de Robert Nozick”*. Ob. Cit. Págs. 118-119.

*todo, en pretender que la libertad negativa (es decir, la protección frente a la arbitrariedad estatal) es ya toda la libertad, cuando en realidad es solamente una de sus dimensiones*⁹³⁵; este profesor concluye finalmente con una postura favorable a los DESC.

La dimensión de la libertad negativa está siendo ampliamente superada, en este momento, en la legislación y práctica jurisprudencial española. Donde se aprecia claramente una brecha significativa es en la implantación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE 15 diciembre 2006, núm. 299), y los sistemas de apoyos que han de ser desarrollados en el ordenamiento jurídico español en breve, en desarrollo del artículo 12.3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y el TRDPCDYS, como he analizado en el Capítulo I. Todo este conjunto de medidas van destinadas, entre otros, a un colectivo muy necesitado de atención como las personas con un alto grado de discapacidad motora e intelectual. En numerosos casos, los individuos no pueden prestar su consentimiento y, en cambio, las medidas de apoyo se constituyen por entender los jueces, a instancia del Ministerio Público o de los tutores, que las mismas van en su beneficio. No por ello se entiende lesionada su libertad; al contrario, en estos casos extremos su libertad se garantiza asegurando su bienestar. El texto de la Convención no deja lugar a dudas ya que en su apartado 1 y 2 enlaza este conjunto de medidas con la dignidad de estas personas; el reconocimiento de su personalidad jurídica (1) y el desenvolvimiento pleno de su capacidad en plena igualdad (2).

Resulta importante, pues, destacar una visión multilateral de la sociedad en la que los derechos individuales no resulten preservados por fuerzas unidireccionales que, como los poderes constitucionales, les brinden protección; con esta multilateralidad todos los poderes públicos, sin distinción, abogan por su defensa, sobre la base de los valores supremos del ordenamiento jurídico. Es, precisamente, el anhelo de libertad de la persona, lo que fundamenta la toma de decisiones en nombre de estas personas, resultando complementada la persona humana en todo aquello que resulte estrictamente necesario; no más allá. Se ve

⁹³⁵ CONTRERAS PELÁEZ, F.J. “*Derechos sociales: Teoría e Ideología*”. Ob. Cit. Pág. 16.

pues cómo el argumento antes comentado que era manejado por los autores clásicos para criticar el paternalismo o la acción positiva en defensa de la libertad de estas personas se vuelve, precisamente, en contra de ellos.

2.2 en relación con el concepto de los derechos fundamentales

Como segundo elemento de estudio para las categorías doctrinales contrarias al objeto de mi análisis, he introducido el “*concepto*” de los derechos fundamentales. Todo concepto sobre los derechos presupone una toma de postura sobre su justificación; toda justificación parte de un concepto previo de los derechos. El concepto responde a la pregunta de ¿qué son los derechos? Como ya dije en un apartado del capítulo anterior, la respuesta que se dé incide directamente sobre su sistema de protección, ya que se primarán unos derechos sobre otros a la hora de otorgarles las acciones que resultan precisas para su exacción, de ahí la relevancia que se otorga a su estudio. En todo caso, al tratarse de derechos fundamentales, el esquema de garantías legislativo debe respetar su “*contenido esencial*”. La atribución de significado al “*contenido esencial*” de los derechos manifiesta la concepción que se maneja de los mismos, dando lugar a distintas teorías, como analizaré a continuación.

Resulta fácil ver cómo en el discurrir histórico sobre el concepto de los derechos fundamentales se haya hecho un mayor hincapié doctrinal en el aspecto del concepto y su sistema de protección, que en su correlativo de la fundamentación. Ello ha supuesto que, a mi juicio, se haya llegado a desvirtuar la institución. Un cambio en los valores de estudio, hacia la fundamentación de los derechos fundamentales, hacia el análisis crítico sobre qué utilidad tienen en la sociedad, de qué forma contribuyen a la realización plena de la libertad e igualdad material del individuo, con pleno respeto a su dignidad, permitiría acercarnos más fácilmente a la tesis que mantengo en este estudio. No obstante, en este apartado pasaré a analizar las concepciones doctrinales que, relacionadas con el concepto, contradicen la tesis que mantengo en este trabajo, para, en un capítulo posterior, abordar las favorables.

2.2.1. La concepción de los derechos fundamentales como derechos universales y absolutos

El propio Preámbulo de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 calificaba los derechos contenidos en el texto como derechos *“inalienables, inviolables, imprescriptibles”*⁹³⁶. Bajo esta idea, los derechos representarían un bien jurídico cuya defensa exige una posición fuerte, que debe resultar impuesta frente a todos y todo. En la práctica, como indicaré, resulta muy discutible la existencia de derechos fundamentales, bajo esa concepción *“fuerte”*, en la medida en que se pueden dar circunstancias que exijan ponderación en la aplicabilidad de estos derechos; modulación de unos derechos y otros, con el fin de obtener su aplicabilidad conjunta. Valga ésta como una afirmación para la toma de posición de partida.

Como ejemplo de esa concepción de los derechos, el profesor PRIETO, para la elaboración de su teoría sobre los derechos fundamentales, toma como eje la necesidad de predicar de todos los derechos fundamentales dos elementos: el elemento de la universalidad y el de su carácter absoluto. Sobre la base de esta postura, entiende el autor respecto del primero de ellos, que si se defiende que los derechos, fruto de lo que PECES-BARBA llama proceso de especificación, los DESC, deben ser derechos fundamentales, quiebra la universalidad como rasgo de *“deber ser”* de los derechos; universalidad que, en el plano del ser, se contradice con el reconocimiento de los derechos al *“hombre concreto y situado”*, que sería lo que el profesor PECES-BARBA califica como derechos reconocidos a las categorías o grupos de hombres identificados por su condición cultural, social, etc, y que necesitan una protección especial para situarse al nivel común⁹³⁷. La generalización sin especificación conduce a la uniformidad, en tanto en cuanto se consideran generales las características de quien socialmente es definido como normal, sin embargo, la especificación sin generalización conduce a la estigmatización⁹³⁸. Por ello, como he apuntado en el Capítulo II, el proceso de especificación del que son fruto los DESC no quiebra el principio de universalidad de los derechos fundamentales.

⁹³⁶ Como afirma Jürgen Habermas en su obra *“Teoría y Praxis”*. Ed. Tecnos. 1990. Pág. 90, referido a la declaración francesa y americana de derechos del hombre: *“El acto por el que tanto en América como en Francia se introdujo la positivización del derecho natural fue una declaración de derechos fundamentales”*.

⁹³⁷ PECES-BARBA, G. *“Curso de derechos fundamentales”*. Ob. Cit. Pág. 427.

⁹³⁸ BARRANCO, M.C. *“Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos”*. Ob. Cit. Pág. 24.

No obstante, el profesor PRIETO, respecto del catálogo de DESC, apunta expresamente la imposibilidad de predicar de los mismos que tengan carácter universal; fundamentándolo en la afirmación siguiente: *“Es obvio que estos derechos no pueden definirse ni justificarse expulsando a los fines particulares, como hacía Kant, y que, por lo mismo, tampoco son concebibles como derechos universales en el sentido de que interesen por igual a todo miembro de la familia humana, ya que se formulan para atender carencias y necesidades instaladas en la esfera desigual de las relaciones sociales”*⁹³⁹. A mi juicio, el profesor PRIETO emite un juicio equivocado al afirmar, insistiendo en esta misma línea, que: *“..Por otra parte, los principios del capítulo III pueden presentar alguna dificultad desde el punto de vista de la igualdad, ya que suelen implicar prestaciones a favor de cierta categoría de personas, aunque con ello se persiga la satisfacción de la igualdad sustancial (art. 9.2), siempre resultará discutible si se respeta la igualdad formal del artículo 14”*⁹⁴⁰. Entiendo que el profesor de la Universidad de Castilla-La Mancha sigue una postura doctrinal que podría calificar de radical, como indicaré a continuación. Respecto de la cualidad de la universalidad, como opina el profesor PECES-BARBA, existe una diferencia entre universalidad y generalidad; universalidad sería un término que referiría a derechos racionales y válidos para todos los hombres, pero situados en un contexto histórico o geográfico⁹⁴¹; la generalidad permite que, en determinadas situaciones, su virtualidad presente excepciones. Esta afirmación descarta, por lo tanto, predicar este adjetivo de los DESC, dado que, como apunta la profesora BARRANCO la universalidad de los derechos es rescatable en la medida en que suponga que se trata de un instrumento que pretende salvaguardar la dignidad de todas las personas⁹⁴². Al respecto, pues, me pregunto, si la característica que el profesor PRIETO apunta respecto de los derechos fundamentales no se refiere en una mayor medida a un reconocimiento generalizado, que al universal. Hay derechos que, en el ámbito internacional nadie duda sobre su carácter de derecho fundamental, si bien en determinados países su ejercicio se encuentra prohibido; no por ello, pierden ese carácter. Asimismo, el profesor RUIZ MIGUEL establece tres situaciones en las que los

⁹³⁹ PRIETO SANCHÍS, L. *“Estudios sobre derechos fundamentales”*. Ob. Cit. Pág. 45.

⁹⁴⁰ Idem. Pág. 202.

⁹⁴¹ PECES-BARBA, G. *“Curso de Derechos Fundamentales”*. Ob. Cit. Pág. 300.

⁹⁴² BARRANCO, M.C. *“Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos”*. Ob. Cit. Pág. 15.

derechos fundamentales no resultan universales, sin verse privados de esa naturaleza: 1) derechos universalmente proclamados, pero particularmente garantizados, situación en la que sitúa la igualdad de género; 2) derechos de titular privilegiado, que protege la especial situación de determinadas personas (libertad de cátedra, libertad de información para periodistas, etc); 3) derechos sectoriales, entre los que encuadra a la mayoría de derechos sociales, que se atribuyen a determinados sectores de la ciudadanía⁹⁴³. De aquellos derechos encuadrables en alguna de estas categorías nadie duda de que nos encontremos ante derechos fundamentales, no obstante; no entiendo que, por ejemplo, ello resulte una dificultad cuando analizamos la categorización de los DESC.

En este mismo sentido, RAWLS ha afirmado: “...*los principios generales pueden no ser universales. Pueden estar planeados para ser útiles a una clase restringida de individuos, por ejemplo aquellos especificados por determinadas características biológicas o sociales...*”⁹⁴⁴. Es lo que RAWLS llama universalidad en su aplicación⁹⁴⁵. Para el profesor LAPORTA, hablar de universalidad de los derechos humanos conlleva sacar a éstos del sistema jurídico, dado que la condición de sujeto de un sistema jurídico excluye su universalidad⁹⁴⁶; se impone así una contextualización, con un resultado diferente en función de las características de cada sistema. Es por ello que resulta incompatible hablar sobre la universalidad de los derechos y su integración en el Derecho positivo. Este apunte que el profesor LAPORTA efectúa sobre la conceptualización de los derechos humanos en relación con la universalidad, resulta tributaria de su concepción de los derechos humanos como derechos morales, lo que, partiendo de las tesis iusnaturalistas, ha impregnado siempre de una necesaria universalidad a la teoría jurídica sobre los derechos humanos. No obstante, pese a ello, este autor concluye en esta misma obra que no se puede hablar de un deber fuerte universal de colaborar en la satisfacción de las obligaciones generales positivas contenidas en los DESC, si bien, esta obligación incumbe exclusivamente al Estado, si bien “...*todos debemos actuar positivamente para la realización de esos derechos en los otros*”⁹⁴⁷. Esta idea resulta, por lo tanto,

⁹⁴³ RUIZ MIGUEL, A. “Derechos liberales y derechos sociales”. Ob. Cit. Págs. 662-663.

⁹⁴⁴ RAWLS, J. “Teoría de la Justicia”. Ob. Cit. Pág. 131-132.

⁹⁴⁵ Idem. Pág. 131.

⁹⁴⁶ LAPORTA, F. “Sobre el concepto de derechos humanos”. Ed. Doxa, nº 4, 1987. Pág. 32-33.

⁹⁴⁷ Idem. Pág. 36.

contradictoria, dado que encierra un deber de respeto y, por lo tanto, el reconocimiento de su efectividad, incluso en la esfera particular.

Visto hasta aquí, entiendo que no desvirtúa la naturaleza de derechos fundamentales, por lo tanto, que los DESC vayan referidos a determinados grupos sociales, siempre y cuando, resulten disponibles por todos los miembros de un colectivo concreto, sin distinción; para quienes más los necesitan⁹⁴⁸. Sobre el carácter de la universalidad no puede entenderse que se produzca su pérdida a partir de la consideración de determinados derechos como grupales, o propios de un determinado colectivo; en la medida en que los mismos se reconocen a todos aquéllos quienes se encuentren en una determinada situación. Como afirma NINO: “...el requerimiento de universalidad prescribe que si se aplica un principio moral a una determinada situación debe ser asimismo aplicado a todas las situaciones que no difieren de la primera en propiedades que son tomadas como relevantes por ese mismo principio”⁹⁴⁹. Esta conclusión que formula el autor argentino sobre los principios morales entiendo que resulta perfectamente extrapolable a los derechos fundamentales, contradiciendo de esta manera uno de los principales argumentos en contra de la inclusión de los DESC en esta categoría. La tesis del profesor PRIETO, como he dicho anteriormente, resulta extrema y hay que introducir en ella determinados matices además del que acabo de indicar. Sobre la base de estas afirmaciones teóricas, se puede llegar a la conclusión, pues, que aquellos derechos instituidos para todos los individuos de un colectivo determinado coincidente en unas necesidades específicas propias respecto de los restantes miembros de la sociedad, también reunirían las características que se han de predicar de los principios para considerarlos incluidos en la categoría que estudio. Paralelamente, la postura del profesor LAPORTA no cuestiona, en principio, el carácter de derecho fundamental de los DESC, salvo en el aspecto de la inviabilidad de la extensión ilimitada de los derechos fundamentales, como he indicado anteriormente. No obstante, entiendo que ésta resulta incierta, por partir de una hipótesis equivocada; en la medida en que, a mi juicio, sólo tendría acceso a tal categoría

⁹⁴⁸ En este sentido LEMA AÑÓN, C. “La disputada universalidad de los derechos sociales. Entre asistencialismo y mercantilización” en RIBOTTA, S y ROSSETTI, A. (editores). “Los Derechos sociales en el Siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia”. Ob. Cit. Pág. 83.

⁹⁴⁹ NINO, C.S. “Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación”. Ob. Cit. Pág. 176.

de DESC no todo tipo de derecho, conforme he indicado en el capítulo II, sino sólo aquéllos que amparen intereses o necesidades básicas del individuo.

La exclusión del catálogo de DESC de los derechos fundamentales proviene asimismo del carácter absoluto que el profesor PRIETO predica de éstos, de forma imperiosa; así, entiende que: *“...hablar de derechos sociales no es hablar de nada sustancialmente distinto a las libertades tradicionales, pues unos y otras sirven a un mismo ideal de comunidad política. Cuestión distinta será el modo de conjugar las exigencias que derivan de estos principios”*⁹⁵⁰. Afirmar que reconocer que la satisfacción de determinadas necesidades pueden articularse en forma de derecho fundamental supone sencillamente aceptar que los sujetos titulares deben ser atendidos en su pretensión aun cuando con ello no se maximice el interés general, es decir, aun cuando una regla de utilidad aconseje orientar los esfuerzos colectivos en otra dirección⁹⁵¹. Por otro lado, para el profesor PRIETO, los DESC presentan un déficit de fundamentación racional que permita postularlos como obligaciones asumibles por la comunidad política en un sistema justo de convivencia, que su reconocimiento jurídico introduce en el sistema estatal ingredientes proteccionistas o paternalistas que, supone, afectan negativamente al sistema de libertades⁹⁵². No concibe las condiciones de la existencia como una implicación más de la libertad⁹⁵³.

Al respecto, se puede afirmar que las acciones positivas que contienen esencialmente los DESC inciden de forma directa en la libertad e igualdad del individuo, por lo que su coactividad queda justificada en función del resultado que persiguen; por otro lado, no pueden tampoco ser tildadas de paternalistas, en la medida en que su fundamentación no resulta discrecional, sino que se encuentra justificada para garantizar la libertad personal de estos individuos, como ha quedado dicho. A mi juicio, mediante estos argumentos se acallan aquellas posiciones que niegan la catalogación de los derechos de las personas con discapacidad como derechos fundamentales, mediante el argumento de la excepción, mediante la que se ha dificultado la aplicación plena del modelo social de la discapacidad. Como he indicado, paralelamente, en relación con otros derechos de autonomía no se argumentan de forma crítica estas situaciones

⁹⁵⁰ PRIETO SANCHÍS, L. *“Estudios sobre derechos fundamentales”*. Ob. Cit. Pág. 46.

⁹⁵¹ Idem. Pág. 47.

⁹⁵² Idem. Pág. 49.

⁹⁵³ Idem. Pág. 47.

excepcionales, que perpetúan situaciones que, desde mi punto de vista, generan auténticos privilegios. La fuerza expansiva y de eficacia del derecho exige erigir la institucionalización de la mejor protección de este grupo social perpetuamente discriminado, aunque para ello se exijan determinadas modulaciones a la regla de la universalidad.

Respecto del carácter absoluto, también pueden ser hechas precisiones que permitan apoyar la tesis que formulo. En la práctica, ni de los derechos de autonomía o libertades básicas se puede predicar ese carácter. Así por ejemplo, el derecho al honor del artículo 18 de la Constitución Española se ha de poner en relación con otros derechos como los de libertad de información y expresión, debiendo calibrar los intereses en juego y la situación de hecho en la que se ha producido una lesión, con el fin de determinar cuál de ellos resulta preeminente sobre los otros dos. Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha declarado, aplicando reglas de ponderación, que si bien las libertades de expresión e información gozan de una situación referente en orden a la formación de la opinión pública en una sociedad democrática, su especial relevancia no puede llevar al desconocimiento del límite constitucional que para ellas supone el derecho al honor, también constitucionalmente protegido (SSTC 6/1981, 104/1986, 165/1987, 107/1988, 20/1990, 223/1992, 76/1995, 139/1995, 200/1998). Este carácter no resulta, pues, predicable de todas las categorías de derechos fundamentales como tal, en cuanto grupo homogéneo. En relación con el derecho de asociación, el Tribunal Constitucional tiene declarado en su STC Sentencia núm. 42/2011 de 11 abril (FJ 3): *“Sin perjuicio del concreto «enjuiciamiento formal» y de «razonabilidad» que corresponde en esta materia, no se debe olvidar que el derecho de asociación «no tiene carácter absoluto y colinda con los demás derechos de la misma índole y los derechos de los demás» (STC 104/1999, de 14 de junio, F. 2 y ATC 213/1991, de 4 de julio, F. 2) ya que «los derechos fundamentales no son derechos absolutos e ilimitados. Por el contrario, su ejercicio está sujeto tanto a límites establecidos directamente en la propia Constitución como a otros que puedan fijarse para proteger o preservar otros derechos fundamentales, valores o bienes constitucionalmente protegidos o intereses constitucionalmente relevantes... En consecuencia, aunque el enjuiciamiento de los Tribunales ordinarios sobre la actividad de las asociaciones esté claramente delimitado, en supuestos de*

conflicto entre derechos fundamentales (v. gr.: asociación y la libertad de expresión, como en este caso) el juicio ponderativo del Tribunal tampoco debe de ser excluido (STC 204/1997, de 25 de noviembre , F. 2), por mor del art. 53 CE". Esta falta de carácter absoluto se recoge igualmente en una sentencia anterior, la nº. 91/1983 de 7 noviembre, en la que viene a declarar: "Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, y entre ellos el de reunión, no son derechos ilimitados, sino que encuentran sus límites en el derecho de los demás (artículo 10 de la Constitución) y, en general, en otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos, según hemos reiterado en diversas ocasiones" (FJ 3º).

A mayor abundamiento, el profesor PRIETO no tiene en cuenta que los derechos sociales compartan las mismas aspiraciones de dignidad y libertad que los restantes derechos fundamentales, pues manifiesta que: *"si la libertad e igualdad resultaban indispensables para la realización del sujeto contemplado en el Código Civil, los derechos sociales proporcionan el ocio necesario para el ejercicio de los derechos políticos, es decir, de una dimensión más de la libertad"*⁹⁵⁴. No obstante, también al respecto he de entender que su solución resulta errónea. Esta declaración no refleja sino la falta de comprensión de la compleja estructura y variedad de los DESC. Éstos no son, como manifiesta el autor, una dimensión más de la libertad, sino la libertad misma del individuo. Continúa el profesor PRIETO la crítica que formula a este categoría de derechos afirmando: *"Quiero decir con ello que los derechos sociales del capítulo III se encuentran en un estado germinal y que las dificultades de su adecuada garantía no derivan sólo de una postergación formal, como es la operada por el artículo 53.3, sino también de unas fórmulas de reconocimiento bastante heterogéneas que contrastan con la relativa heterogeneidad de los derechos del capítulo II...En efecto, dentro del capítulo III creo que cabe distinguir cuatro clases de enunciados: principios generales, mandatos o garantías específicas, normas que requiere u obligan a un desarrollo ulterior, y, por último, enunciados en forma de derechos, por más que sean derechos no accionables en virtud del art. 53.3"*⁹⁵⁵; concluyendo: *"...Por consiguiente, si las previsiones del Capítulo III no pueden invocarse directamente ante los*

⁹⁵⁴ Idem. Pág. 46.

⁹⁵⁵ Idem. Pág 191.

*Tribunales no es sólo porque lo prohíbe el art. 53.3, sino también porque algunas de ellas, en puridad, no reconocen ninguna garantía o derecho concreto; si es cierto que en el Título I hay algo más que derechos, es aún más cierto que en el capítulo III apenas hay derechos*⁹⁵⁶. Esta afirmación queda desmentida por el análisis sectorial que he llevado a cabo en el Capítulo I del trabajo; cada uno de los preceptos invocados en él contiene derechos específicos. No obstante, incomprensiblemente a esos derechos no les ha sido atribuida la coercitividad que su fundamentación exige.

Asimismo, compartiendo con matices esta concepción extrema del profesor PRIETO, LAPORTA⁹⁵⁷ afirma que cuanto más se multiplica la nómina de los derechos fundamentales menos fuerza tiene su exigencia, y cuanto más fuerza moral o jurídica se les suponga más limitada ha de ser la lista de derechos que la justifique. No obstante, la oposición del profesor madrileño no proviene de una deficiente fundamentación de los derechos, sino de la excesiva generalización que la propia universalización, que figura implícita en la naturaleza de los derechos humanos, impone.

Respecto de todas estas afirmaciones sobre el carácter absoluto de estos derechos, entiendo que no se puede dejar de predicar este adjetivo de los derechos fundamentales, pues en situaciones de colisión de derechos se dará, en función de las circunstancias, preponderancia a uno u otro, sin perder por ello un ápice de su carácter. Esta cuestión se plantea en las conversaciones de Norberto Bobbio con Giuliano Pontara⁹⁵⁸ y llega a la conclusión de que estos derechos, en estas situaciones, no son absolutos sino relativos “...razón por la cual en situaciones en las que la realización del uno se muestra incompatible con la del otro, éste o aquél puede ser legítimamente sacrificado en conformidad con el principio que prescribe la máxima realización posible de tales derechos”. Como he indicado, por el hecho de que entren en colisión dos derechos, no por eso pierden su carácter de fundamentales, sino que se resuelve la aplicación preferente de uno u otro mediante la regla de la ponderación.

⁹⁵⁶ Idem. Pág 192.

⁹⁵⁷ LAPORTA, F. “Sobre el concepto de derechos humanos”. Ob. Cit. Pág. 23.

⁹⁵⁸ BOBBIO, N. “El tiempo de los derechos”. Ob. Cit. Pág. 91

Sobre esta cuestión de la exigibilidad de los derechos, BOBBIO⁹⁵⁹ apunta que las dificultades que plantea la tutela de los derechos humanos se deriva de entender que ya que la mayor parte de estos derechos están aceptados por el sentimiento moral común, se cree que su ejercicio es igual de sencillo; entiende que el consenso general sobre ellos induce a creer que tienen un valor absoluto; en cambio, entiende, el “*valor absoluto*” compete a poquísimos derechos humanos, valederos en todas las situaciones y para todos los hombres sin distinción, y predicable, exclusivamente, de aquellos derechos fundamentales que no entran en concurrencia con otros derechos fundamentales.

El sentido apuntado, pues, debe ser reconducido por un nuevo valor en función del cual el carácter absoluto de los derechos haga referencia no a su fundamentación, sino a su exigibilidad; concepción en cuya virtud los derechos fundamentales resulten plenamente oponibles no sólo frente al Estado, sino también frente al resto de los ciudadanos; como he analizado en el Capítulo anterior, apartado en el que he comentado determinados aspectos del Estado social. A este respecto, si los elementos configuradores de los derechos fundamentales, como apunta PRIETO⁹⁶⁰ son el reconocimiento constitucional y la consiguiente vinculación de los poderes públicos, los mismos se encuentran en la mayoría de los derechos del título I, en una interpretación sistemática de los mismos. Esto es así porque todos ellos tienen la misma fuente, que es el texto constitucional. Su exigibilidad inmediata deriva, pues, de la voluntad del legislador constitucional. No obstante, parece que estos rasgos finalmente sólo serían exigibles respecto de los DESC, para argumentar en contra de su viabilidad, pues más adelante en la obra citada, el profesor PRIETO afirma con un claro sentido contradictorio: *“Nuestra conclusión es, pues, que no existe ningún elemento conceptual que se halle necesariamente presente en todos y cada uno de los derechos fundamentales jurídicamente reconocidos y que, a su vez, no pueda encontrarse también en otros derechos subjetivos. Los derechos fundamentales en la Constitución de 1978 ni presentan una peculiar estructura formal, ni son derechos universales, ni son tampoco absolutos”*⁹⁶¹. Como se

⁹⁵⁹ Idem. Pág. 79.

⁹⁶⁰ PRIETO SANCHÍS, L. “*Estudios sobre derechos fundamentales*”. Ob. Cit. Pág. 106.

⁹⁶¹ Idem. Pág. 87.

puede ver, no siendo, finalmente, la posible falta de universalidad y carácter absoluto un rasgo definidor de los derechos fundamentales, los DESC participarían de un nuevo elemento compartido con el resto de derechos fundamentales.

Otros argumentos que utiliza el profesor PRIETO para mantener su postura contraria a la tesis que sostengo como el coste económico de estos derechos⁹⁶² no resulta, en cambio, un obstáculo para el mantenimiento y preservación de otros que sí pertenecen de forma indiscutida a la categoría apuntada; como, por ejemplo, el derecho a la participación política o el derecho de representación sindical, para los que se mueven ingentes cantidades de dinero con cargo a los presupuestos públicos y que, poco o nada representan a determinados colectivos que carecen de las condiciones elementales para que estos derechos mismos puedan ser ejercidos con plena libertad; aspecto en el que sí inciden directamente los DESC, por el contrario. Relacionado con esta situación, NINO plantea una vía en cuya virtud se supere el liberalismo holista y el liberalismo conservador, y se genere una tercera vía que pasa por *“maximizar la autonomía de cada individuo por separado en la medida en que ello no implique poner en situación de menor autonomía comparativa a otros individuos”*⁹⁶³. Esta orientación la encuentra implícita el autor argentino en el principio de diferencia de RAWLS⁹⁶⁴. Para aquél, la posición igualitaria que propugna éste refuerza el principio de la dignidad de la persona, ya que la atribución de igual valor al consentimiento de todo individuo normal y adulto presupone una equiparación entre las posibilidades de elección⁹⁶⁵.

2.2.2. La concepción sobre los derechos subjetivos

Para el estudio del concepto de derecho subjetivo habitualmente se contraponen dos conceptos: el derecho objetivo y el derecho subjetivo. La acepción derecho objetivo referiría a la existencia de un conjunto de normas, mientras que el derecho subjetivo representaría el interés o la voluntad contenida en ellas. Precisamente, este aspecto fue destacado por JELLINEK en su definición de los derechos subjetivos, como una potestad de querer que tiene el

⁹⁶² Idem. Pág. 48.

⁹⁶³ NINO, C.S. *“Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación”*. Ob. Cit. Pág. 345.

⁹⁶⁴ Idem. Pág. 345.

⁹⁶⁵ Idem. Págs. 345-346.

hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto se dirija a un bien o a un interés⁹⁶⁶. Esta idea es fruto de la tradición jurídica germánica, encontrándose igualmente en la obra de SAVIGNY; desde este punto de vista, el derecho tiene una connotación estrictamente negativa, en cuanto la ley debe garantizar el ámbito de actuación del sujeto impidiendo las interferencias que pudieran provenir de terceros. En parte, en el momento actual, esta connotación permanece en la consideración, en un sentido amplio, de la concepción de derechos subjetivos de que los derechos se constituyen no sólo en esferas de acción individual, sino como manifiesta el profesor DE ASÍS, en límites a la actuación tanto de los poderes públicos como del resto de los individuos⁹⁶⁷.

KELSEN en su obra *“Teoría Pura del Derecho”* critica el carácter absoluto con el que los teóricos del derecho abordaron el concepto de derecho subjetivo, afirmando: *“se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos”*⁹⁶⁸, por lo que el ordenamiento jurídico sólo reconocería aquéllos. El autor alemán sitúa en este elemento el eje de su teoría jurídica, conceptuando al deber jurídico como: *“...la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado”*⁹⁶⁹. La tesis de este autor ha de ser analizada desde el punto de vista de un publicista del derecho, lógicamente. No obstante, a mi juicio, aporta los criterios básicos para dejar de configurar el derecho subjetivo como el eje de la esfera de realización de los individuos; tesis que refleja la situación real actual. Según recoge ALEXY fue Kelsen quien dijo: *“no se ha dado cuenta, en absoluto, de para qué debe servir al jurista el buscado concepto de un derecho subjetivo; no existe suficiente claridad acerca de cuál es la pregunta que este concepto debe responder”*⁹⁷⁰. Pese a la incertidumbre que plantea el autor alemán, lo cierto es que no existe una correlación entre la categoría de los derechos fundamentales y los derechos subjetivos; como pone de manifiesto ALEXY: *“A las formulaciones del catálogo de derechos fundamentales se adscriben normas a*

⁹⁶⁶ “...es el poder de la voluntad humana dirigido hacia un bien o interés reconocido y protegido por el orden jurídico”. *“System der subjektiven öffentlichen Rechte”*. 2ª ed. Págs. 43-44. Citado en introducción de Fernando de los Ríos Urruti, pág. 42, en *“Teoría General del Estado”*. JELLINEK, G. Ob. Cit.

⁹⁶⁷ ASÍS ROIG, R. DE. *“Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista”*, Ed. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson, Cuadernos “Bartolomé de las Casas, nº 17, Madrid 2004. Pág. 86.

⁹⁶⁸ KELSEN, H. *“Teoría Pura del Derecho”*. Ob. Cit. Pág. 120.

⁹⁶⁹ Idem. Pág. 121.

⁹⁷⁰ ALEXY, R. *“Teoría de los derechos fundamentales”*. Ob. Cit. Pág. 151.

*las que no corresponde directamente ningún derecho subjetivo*⁹⁷¹. La exigibilidad que, en puridad, se predica de los derechos subjetivos no es, por lo tanto, un elemento esencialmente definidor de los derechos fundamentales, ya que, como afirma KELSEN: *“el establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo*⁹⁷², que sí se encuentra en la determinación de los deberes jurídicos y las responsabilidades jurídicas. Según refiere PRIETO⁹⁷³, KELSEN, en un afán simplificador, propuso una definición de derechos subjetivos según la cual quedaban explicados como meros reflejos de obligaciones jurídicas. No obstante, coincido con KELSEN en que el aspecto del deber ha quedado frecuentemente olvidado en relación con los derechos de las personas con discapacidad; esos deberes han estado ahí, impuestos por numerosas leyes muy avanzadas en el espectro jurídico. No obstante, no ha habido voluntad política de hacerlas cumplir. Muchas veces, se ha podido pensar que, por ejemplo, la obligación de accesibilidad o *“diseño para todos”*, a las que he hecho referencia en el Capítulo I, podían suponer un coste inasumible para las empresas, y que irían en contra del principio de libertad de iniciativa privada. No obstante, si este principio se analiza desde un prisma de una economía flexible, que se va adaptando a las nuevas necesidades que surgen en el entorno social, la propia economía se dinamiza; ello indudablemente, también beneficia a las empresas. Parece como si el sector empresarial no estuviera integrado en el entorno social donde vende sus productos. Cuando más inclusiva resulte una sociedad, más democrática se convierte; el principio democrático debe primar sobre la iniciativa individual, debiendo erradicar aquellas prácticas que erijan barreras al ejercicio pleno de la libertad. Por ello, no entiendo la dificultad con la que se acomete la implantación plena del respeto por los derechos de las personas con discapacidad, incluso en el ámbito de la esfera de las relaciones privadas, como he expuesto anteriormente.

FERRAJOLI analiza la noción de derecho subjetivo de KELSEN y razona de la forma siguiente: *“Kelsen lleva a cabo no una sino dos identificaciones o reducciones del derecho subjetivo a los imperativos que a éste le corresponden. La primera es la del derecho subjetivo al deber concerniente al sujeto en relación*

⁹⁷¹ Idem. Pág. 32. En este sentido ver también Gutiérrez Gutiérrez, I. *“La Dignidad de la persona y derechos fundamentales”*. Ed. Marcial Pons. 2005. Pág. 16.

⁹⁷² KELSEN, H. *“Teoría Pura del Derecho”*. Ob. Cit. Pág. 121.

⁹⁷³ PRIETO SANCHÍS, L. *“Estudios sobre derechos fundamentales”*. Ob. Cit. Págs. 77-78.

jurídica con su titular, o sea, la que he llamado garantía primaria: <No hay derecho subjetivo en relación con una persona –afirma– sin el correspondiente deber jurídico de otra>. La segunda es la del derecho subjetivo al deber que, en caso de violación, incumbe a un juez aplicar la sanción, es decir, la que he llamado garantía secundaria:>El derecho subjetivo consiste no en el presunto interés, sino en la protección jurídica”⁹⁷⁴. A partir de aquí, el autor italiano entiende que ambos ámbitos no tienen el carácter absoluto que determina la inexistencia de un derecho en caso de que falte alguna de dichas garantías, sino que su falta determina la existencia de lagunas que resulta preciso llenar, utilizando para ello técnicas normativas; afirmando en consecuencia que: “...tampoco en tales casos es posible negar la existencia del derecho subjetivo estipulado por una norma jurídica; se podrá sólo lamentar la laguna que hace de él un <derecho de papel> y afirmar la obligación del legislador de colmarla”⁹⁷⁵. Éste es uno de los argumentos de mayor interés para la tesis que planteo, dado que, como destaco, la diferencia entre los derechos que componen el subsistema de derechos fundamentales no se basa en razones de naturaleza jurídica, sino de mera oportunidad legislativa, como indicaré; niega de esta forma la existencia de uno de los obstáculos de mayor calado para el esbozo de una catalogación de derechos fundamentales integrada por los DESC. Reiterando la afirmación anterior, según refiere ARA para los autores de la Escuela de Upsala⁹⁷⁶, precursores del realismo escandinavo, el concepto de derecho subjetivo, lejos de ser un concepto científico, sería, en el mejor de los casos, una noción idea, en la medida en que carece de referencias semánticas, no tiene una existencia real dentro de las coordenadas del espacio y del tiempo⁹⁷⁷. No obstante, afirma que el problema real no es su falta de existencia, sino la ambivalencia de sus significados, referidos al sentido subjetivo: facultad, libertad, potestad e inmunidad⁹⁷⁸. Esta misma confusión lleva a FERRAJOLI a abandonar el elemento del derecho subjetivo como configurador básico de los derechos fundamentales, en aras a acoger otros valores como el de configurar una

⁹⁷⁴ FERRAJOLI, L. “Derechos y garantías. La Ley del más débil”. Ob. Cit. Pág. 61.

⁹⁷⁵ Idem. Pág. 62.

⁹⁷⁶ Fundada por Axel Hägerstrom, quien propugna que el lenguaje de la ética, los juicios de valor y las proposiciones morales son pura metafísica, no son nada que resulte cognoscible, por lo que plantean abiertamente la separación entre derecho y moral. F. LAPORTA. “Entre el Derecho y la Moral”. Ob. Cit. Pág. 22.

⁹⁷⁷ ARA PINILLA, I. “Las transformaciones de los derechos humanos”. Ob. Cit. Pág. 48.

⁹⁷⁸ Idem. Pág. 51.

condición constitutiva de la igualdad y del valor de la persona, en el que quedan incluidos los derechos de libertad y los derechos sociales; frente a ellas, permanecerían el conjunto de situaciones jurídicas, en cuanto irrepetibles esferas o condiciones jurídicas de cada sujeto, comprendidas las de deber⁹⁷⁹. Al final de este proceso, como especifica FERRAJOLI, en el que los derechos fundamentales prescinden de una diferenciación respecto de los demás derechos o situaciones, sobre la base del elemento derecho subjetivo, los derechos fundamentales pasan de ser derechos fundados a fundantes, carentes de fundamento puesto que ellos mismos son fundamentos y fruto de opciones morales o convenciones y no de normas jurídicas⁹⁸⁰. No hay que olvidar que los derechos subjetivos constituirían un elemento más del fenómeno jurídico, tal como ha puesto de manifiesto Enrico Pattaro, quien afirma: “...siendo un único fenómeno, sin detrimento de su unidad esencial es tres fenómenos distintos, cada uno de los cuales es también Derecho: el derecho objetivo, el derecho subjetivo, y la obligación jurídica. De manera que cada uno de los tres fenómenos necesita a los otros dos, y no hay posible existencia de ninguno de ellos que no presuponga la de cada uno de los otros dos fenómenos. Así pues, la obligación no es Derecho, por ser derecho subjetivo, sino porque es uno de los fenómenos en que se descompone el derecho, sin perder por ello su condición de tal”⁹⁸¹.

Perdiendo este elemento del derecho subjetivo el carácter de eje definidor de los derechos fundamentales, la obligación jurídica que se plasma sobre los poderes públicos o los demás ciudadanos puede provenir de los derechos tal como figuran enunciados directamente en el texto constitucional español, de las normas de desarrollo o de los propios derechos fundamentales recogidos en la sección primera del Capítulo II, Título I, interpretados a la luz de los principios del Capítulo III del mismo título, y el resto del sistema de fuentes al que se abre el ordenamiento jurídico. Ya que, como refiere PRIETO SANCHÍS: “La tesis tradicional, según la cual el derecho subjetivo sería un objeto de conocimiento distinto de la obligación jurídica, atribuyendo inclusive a aquél prioridad sobre ésta, debe ser referida a la doctrina del Derecho natural”⁹⁸².

⁹⁷⁹ FERRAJOLI, L. “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”. Ob. Cit. Pág. 909.

⁹⁸⁰ Idem. Págs. 914-915.

⁹⁸¹ ARA PINILLA, I. “Las transformaciones de los derechos humanos”. Ob. Cit. Pág. 66.

⁹⁸² PRIETO SANCHÍS, L. “Estudios sobre derechos fundamentales”. Ob. Cit. Pág. 78.

Ha sido quizás el iusnaturalismo imperante en la formación de los derechos humanos de donde proviene la idea de una configuración de estos derechos previos al ordenamiento jurídico, y no al revés; derivando de esa posición doctrinal la interpretación de que si no encontramos en un derecho alguna de las acepciones de derecho subjetivo antes indicadas, no se le puede catalogar como derecho humano. Como reacción a los excesos del positivismo acaecidos en el siglo pasado han proliferado en el siglo XX las doctrinas denominadas “*Rights based*”, que sostienen la prioridad de los derechos sobre los deberes, de los derechos sobre los objetivos políticos, de los derechos sobre la maximización de la utilidad, citando entre estos autores a Dworkin, Haksar o Nozick⁹⁸³; habiendo contribuido estos autores a la elaboración de una teoría de la justicia que se basa exclusivamente en la noción de derechos, olvidando pues los otros elementos que he indicado en la concepción de PATTARO. No obstante, éstas, dado que se trata de teorías con un marcado perfil individualista como he indicado anteriormente, no contribuyen definitivamente a justificar la tesis que mantengo.

Lo cierto es que, como manifiesta la profesora AÑÓN: “*Desde sus orígenes, los derechos sociales han sido interpretados como una construcción anómala de la dogmática del derecho subjetivo; de ahí que fueran identificados como principios meramente políticos, posiciones jurídicamente no estructuradas, o, en todo caso, normas de efecto indirecto*”⁹⁸⁴. Esta resulta la visión imperante en nuestro país desde la promulgación del texto constitucional de 1978. Es por ello que resulta necesario llevar a cabo el cese de lo que, a mi juicio, son excesos que se derivan de las concepciones teóricas expuestas anteriormente, que han venido imperando como consecuencia de la interpretación política liberal de después de la Segunda Guerra Mundial. Por otro lado, derivados de la Constitución Española existen derechos sociales con un claro contenido de acciones positivas o prestaciones que, sin embargo, aparecen configurados en clave de derechos subjetivos, como el derecho a la educación. Cuando se lleva a cabo una labor de corrección del excesivo rigor

⁹⁸³ ARA PINILLA, I. “*Las transformaciones de los derechos humanos*”. Ob. Cit. Pág. 55.

⁹⁸⁴ AÑÓN, M.J. “*Derechos sociales: inconsistencia de una visión compartimentada*” en VV.AA “*Teoría de la Justicia y Derechos fundamentales*”. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba. (varios autores). Vol. III. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson. 2008. Pág. 24.

normativista, se puede ver cómo las diferencias desaparecen. Para el profesor MUÑOZ la diferencia no radica sino en la falta de concreción de los textos constitucionales, así como las convicciones doctrinales y las prácticas jurisprudenciales; todas estas circunstancias han determinado que los derechos sociales no hayan alcanzado la condición de derechos subjetivos plenos⁹⁸⁵. Escaso bagaje cuando se encuentran en juego valores como la dignidad, la libertad y la igualdad.

Lo cierto es que los derechos han dejado de verse exclusivamente como derechos subjetivos, dado que los derechos se convierten en el fundamento del orden político y de la paz social, desaparece, en relación con ellos, la tensión entre interés público e interés privado⁹⁸⁶. No es la coacción una nota esencial al concepto del derecho, sino la garantía, de la cual la coacción no es sino una forma subordinada, destaca JELLINEK⁹⁸⁷. En el caso de los DESC, las normas de cabecera incorporan preceptos mediante los que se instituyen esas garantías; ya sea bajo la forma de un régimen de sanciones, pérdida del derecho a obtener subvenciones, etc. Resulta, pues, una panoplia de medidas mediante las que se pretende institucionalizar su exigibilidad. Por ello, se entiende que el papel que el ordenamiento reserva a los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, también es desarrollado por los DESC. Este aspecto se denota de forma clara en aquellas teorías que vinculan el derecho subjetivo con el interés o el beneficiario, en lugar de la voluntad del titular o capacidad como elemento predominante; como expone la profesora BARRANCO, estas últimas resultan más coherentes con el modelo liberal de derechos. La voluntad se refiere a la posibilidad de decidir si se accionan los mecanismos que el Derecho dispone para la protección del bien jurídico sobre el que se construye el derecho; desde el interés o el beneficiario, los derechos se justifican porque a través de ellos se intentan garantizar determinados intereses o bienes⁹⁸⁸. Desde el punto de vista que estudio, resulta evidente

⁹⁸⁵ En este sentido, MUÑOZ MACHADO, S. *“Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General”*. Ob. Cit. Pág. 1042.

⁹⁸⁶ BARRANCO AVILÉS, M.C., *“Envejecimiento y discapacidad”* en A. CUENCA GÓMEZ, P (editora), *“Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español”*. Ob. Cit. Pág. 582.

⁹⁸⁷ JELLINEK, G. *“Teoría General del Estado”*. Ob. Cit. Pág. 322.

⁹⁸⁸ BARRANCO, M.C. *“Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos”*. Ob. Cit. Págs. 100-102.

que, sólo sobre la base de la segunda teoría, se puede justificar el reconocimiento pleno de los derechos de las personas con discapacidad; personas para quienes la merma que pueden sufrir en determinadas situaciones de una conciencia y voluntad, no les resta un ápice la titularidad de derechos, como he indicado anteriormente.

En el momento actual el dualismo al que he hecho referencia anteriormente, como teoría que incide en el estudio del concepto de los derechos fundamentales, ha introducido un concepto, a mi modo de ver, más completo en el análisis de los derechos: la resistencia. El mismo, representa la obligación de respeto de los derechos fundamentales, y afecta al ámbito de los poderes públicos y los particulares. El profesor PECES-BARBA entiende que la consideración del Derecho de los derechos fundamentales como subsistema dentro del sistema jurídico conlleva que la pretensión moral resulte técnicamente incorporable a una norma, que pueda obligar a unos destinatarios de las obligaciones jurídicas para que el derecho sea efectivo, que sea susceptible de garantía o protección judicial, y, por supuesto, que se pueda atribuir como derecho subjetivo, libertad, potestad o inmunidad a unos titulares concretos⁹⁸⁹, por lo que sólo si esos valores que representan la idea de libertad y dignidad del hombre en los que consisten los derechos humanos entran en el Derecho positivo como derechos subjetivos, se pueden garantizar. No obstante, esta posición teórica resulta insuficiente para aclarar el sistema de garantías de los derechos fundamentales, dado que, como sabemos, la recepción en el ordenamiento de los derechos fundamentales puede producirse por la vía de los derechos o de los principios⁹⁹⁰; partiendo de esta premisa, se podría argumentar al profesor español si no estaríamos en ambos casos ante derechos fundamentales. Ello es así por cuanto la catalogación dentro de una u otra categoría no priva de la necesaria existencia del deber jurídico que el derecho subjetivo o el principio general contiene, dado que, siguiendo a ALEXY, la única diferenciación entre ambas consiste en que, en todo caso, los principios estarían sujetos a ponderación.

⁹⁸⁹ PECES-BARBA, G. “Curso de derechos fundamentales”. Ob. Cit. Págs. 109-110.

⁹⁹⁰ En el sentido que apunta NINO, de que “...cuando los jueces apoyan sus decisiones en normas jurídicas lo hacen a través de juicios que llamo “de adhesión normativa” y que consisten en juicios valorativos que se infieren de principios morales que prescriben obedecer el orden jurídico y de proposiciones descriptivas de ese orden jurídico”. NINO, C.S. “Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación”. Ob. Cit. Pág. 21.

Por esta vía, dentro del sistema jurídico, ambas categorías resultarían, por lo tanto, eficaces desde el punto de vista jurídico para garantizar la exigibilidad de un derecho, por lo que en ningún caso nos alejaríamos de un eficaz sistema de garantías, que permita imponer a los demás sujetos su respeto. En este sentido, ARA afirma: *“De alguna manera, esta posibilidad viene reforzada notablemente por el hecho de que, en determinadas instancias jurisdiccionales y ante la ausencia de un adecuado mecanismo de protección efectiva de los derechos fundamentales en el sistema jurídico sobre el que aquella jurisdicción ejerce su ámbito de influencia, los principios fundamentales que reconocen las leyes que constituyen el sistema jurídico en cuestión hayan pasado a configurarse definitivamente, como una nueva categoría constitucional que, en última instancia, permitiría legitimar a través de la misma la protección de los derechos fundamentales”*⁹⁹¹.

Ejemplo de recepción de los principios en el ordenamiento jurídico se encuentra en la decisión del Consejo Constitucional francés de 16 de julio de 1971, a la que dio lugar una acción promovida por un grupo de escritores, encabezada por Simone de Beauvoir, para la legalización del Partido Comunista francés. En virtud de ésta, se anuló por desviación de poder la actuación del prefecto de París por la que se denegó la inscripción de una asociación promovida por aquéllos; según refiere PECES-BARBA, esta oposición se tradujo en una serie de enmiendas que se presentaron al proyecto de Ley que se convertiría en la Constitución de 1946, conforme a las cuáles los principios generales de las grandes leyes de la República adquirirían un valor supra-legal, por lo que tendrían valor de leyes constitucionales y no podrían ser modificadas mediante leyes ordinarias⁹⁹². También se encuentran ejemplos de esta instrumentalización en el uso por el TJUE para decidir sobre la aplicación de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario europeo; así, por ejemplo, en las sentencias recientes del TJUE los asuntos acumulados C-411/10N.S. / Secretary of State for the Home Department y C-493/10 M.E. y otros / Refugee Applications Commissioner Minister for Justice, Equality and Law Reform, conforme a las cuales, sobre la

⁹⁹¹ ARA PINILLA, I. *“Las transformaciones de los derechos humanos”*. Ob. Cit. Pág. 36.

⁹⁹² PECES-BARBA, G. *“Libertad, poder, socialismo”*. Ob. Cit. Págs. 119 y siguientes.

base de los principios comunitarios, un solicitante de asilo, pese a incumplir los requisitos del procedimiento no puede ser trasladado a un Estado miembro donde corre el riesgo de ser sometido a tratos inhumanos. Asimismo, la sentencia en el asunto C-447/09 Reinhard Prigge, Michael Fromm y Volker Lambach/Deutsche Lufthansa AG, según la cual el Tribunal considera discriminatorio imponer en Convenio Colectivo un límite de edad a los pilotos de aerolínea fijado en 60 años, considerando una exigencia desproporcionada a la luz de la normativa internacional y alemana que lo fija en 65. Son meros ejemplos de lo que constituye una práctica habitual del Tribunal. Todo ello sirve para ilustrar que, como indica la profesora AÑÓN, un derecho complejo no se identifica con el poder de un sujeto para demandar el cumplimiento de un deber (derecho subjetivo estricto en terminología Kelsen); ni se agota en la obligación jurídica de un individuo de comportarse de una determinada manera (derecho reflejo); por el contrario, como dice la profesora, un derecho en sentido amplio comprende distintas posiciones jurídicamente protegidas o distintas relaciones que también pueden tener distintos grados o niveles de protección⁹⁹³. Toda esta estructura compleja de relaciones debería servir para lograr una mayor eficacia en la finalidad de protección de la esfera de intereses en juego.

Resulta pues de indudable trascendencia el cambio producido en la técnica jurídica que ha generado la inclusión de los derechos sociales; ello ha permitido a algún autor afirmar que el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho ha determinado un progresivo abandono de la categoría del derecho público subjetivo⁹⁹⁴. En la medida en que los DESC se fundamentan en los mismos valores que el resto de los derechos fundamentales en el seno del ordenamiento jurídico, como la libertad, la justicia y la solidaridad, el Estado Social representa un modelo más permeable a las necesidades de los ciudadanos que el clásico Estado liberal. La juridificación de las exigencias que se concretan en derechos ya no atañe sólo al legislador constitucional, sino que ha de analizarse cómo esos valores trascienden la legislación de desarrollo, la

⁹⁹³ AÑÓN, M.J. “Derechos sociales: inconsistencia de una visión compartimentada” en VV.AA. *“Teoría de la Justicia y Derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba”*. Ob. Cit. Pág. 28.

⁹⁹⁴ CASCAJO CASTRO, J.L. “La tutela constitucional de los derechos sociales”. Centro de Estudios Constitucionales. 1988. Pág. 57.

jurisprudencia –especialmente constitucional-, y el tratamiento que merecen por parte del ejecutivo, y el resto de la sociedad con la extensión de la exigibilidad a los particulares⁹⁹⁵. En este último punto coincide PECES-BARBA con la profesora BARRANCO, pues para él los deberes positivos correlativos derivados de las soluciones a la antinomia entre las normas de los derechos que satisfacen necesidades y las normas del mercado, no pueden ser exclusivamente de los poderes públicos, sino también de los particulares que sean agentes principales en la economía de mercado, y que, para hacer posible ese resultado, debe aplicarse el efecto jurídico del valor solidaridad⁹⁹⁶. Este argumento refuerza, pues, la exigibilidad de los DESC, destacando la ejecutividad que conlleva su aplicación. Por ello, para autores como CASCAJO los derechos sociales encierran, aparte de una notable dimensión objetiva de los derechos sociales, un componente de derecho subjetivo, concebido como un derecho de defensa del propio titular, y ambos forman parte de la pretensión normativa de los derechos sociales⁹⁹⁷. De todo lo expuesto en este apartado, resulta acreditado, a mi juicio, que las posiciones que excluyen a los DESC de la noción de derecho subjetivo carecen de fundamento.

3. Argumentos favorables a la integración de los DESC en una categoría única de derechos fundamentales

A continuación, paso a analizar todos aquellos argumentos que, a mi juicio, apoyan la tesis central del trabajo. La impresión que me genera el análisis llevado a cabo hasta aquí es que, a medida que avanzo, caigo en el convencimiento de que lo que subyace en la cuestión relativa a la inclusión de los DESC en la categoría de derechos fundamentales, en cuanto uno de los grandes retos del propio sistema, es la necesidad de un cambio en la concepción del concepto de estos derechos. Así se percibe en ciertos aspectos tradicionales de los derechos humanos, como el fin en virtud del cual se instituyen como un límite indisponible para el Poder establecido, y que ya se encontraba, en sus orígenes históricos, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y en las declaraciones de las colonias americanas; este fin resulta claramente insuficiente

⁹⁹⁵ En este sentido, ver BARRANCO, M.C., “*El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales*”, Anuario de Filosofía del Derecho, nº XVIII, 2001, pp. 205-226.

⁹⁹⁶ PECES-BARBA, G. “*Curso de Derechos Fundamentales*”. Ob. Cit. Pág. 293.

⁹⁹⁷ CASCAJO CASTRO, J.L. “*Derechos sociales*”. Ob. Cit. Pág. 25.

hoy en día. En la actualidad, el sistema de los derechos fundamentales se configura no en el eje persona-Estado, como en sus inicios, sino que permite incardinar a la persona en el seno de la sociedad, superando asimismo el mero aspecto subjetivo de protección de intereses individuales, para pasar a desempeñar el papel de instrumento legitimador del sistema político democrático. A este espíritu responde el concepto de “*hombre situado*” en su entorno colectivo⁹⁹⁸. Concepto que se encuentra asimismo en la obra de MOUNIER y que lo relaciona con la idea de un “*hombre revalorizado*”⁹⁹⁹. Esta perspectiva facilita, como indicaré, la comprensión del sistema de derechos fundamentales como un orden dinámico impregnado de muy diversos elementos jurídicos, políticos e históricos.

Abandonada de forma casi mayoritaria entre los autores contemporáneos la idea de la autonomía e inviolabilidad de la persona que propugna el liberalismo en sentido kantiano, se van asentando en la doctrina numerosas teorías alternativas a la posición doctrinal que podría llamar clásica, que propugnan la toma de consideración de las capacidades del individuo. Son teorías que, sin dejar de criticar las dificultades con las que pudieran ser asumidas las tesis liberales igualitarias y utilitaristas, como he indicado, hacen hincapié en la forma en que aquéllas se desenvuelven en el entorno social. Aquí encuentro también un argumento que apoya definitivamente la tesis de este trabajo. De producirse este cambio en la elaboración del concepto que propongo, no hay barrera alguna que dificulte la creación de una única categoría de derechos fundamentales, integrada por los DESC y los derechos de autonomía clásicos. Para ello, me apoyo en el análisis que efectué en los apartados siguientes.

No obstante, siguiendo con la materia que trato, voy a subsumir los argumentos favorables a la formación de una única categoría de derechos fundamentales en dos grupos: en función de que guarden relación con el concepto o el fundamento de los derechos, como un instrumento sistemático adecuado para profundizar en su estudio, como también he efectuado

⁹⁹⁸ PEREZ LUÑO, A.E., “*Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*”, Tecnos, Madrid 2005. Pág. 86. En este mismo sentido, ASÍS ROIG, R. DE. “*Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*”. Ed. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson, Madrid 2000. Pág. 76.

⁹⁹⁹ MOUNIER. “*Le Personalisme*”. Obras Completas. Tomo III. Pág. 482. Ed. Seuil. París. 1962. Citado en PECES-BARBA, G. “*Libertad, poder, socialismo*”, Civitas Monografías, Civitas, Madrid, 1978. Pág. 93.

anteriormente para llevar a cabo el estudio de las posiciones doctrinales contrarias a la tesis principal.

3.1. En relación con el fundamento

Este elemento para el estudio de los derechos pretende dar respuesta a la pregunta de “*para qué*” este subsistema; lleva implícito el análisis de los valores a los que responden los derechos. La recepción de la pretensión moral ínsita en ellos, dentro del ordenamiento jurídico. PÉREZ LUÑO define los derechos humanos como: “*un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*”¹⁰⁰⁰. En la definición del profesor se encuentra un elemento muy destacable, la historicidad de los derechos fundamentales, a la vez que su conexión con el núcleo estable de valores superiores del ordenamiento jurídico. Como reconoce el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 159/1986 de 12 diciembre (FJ 6º): “*...tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 10.1 de la Constitución como «fundamento del orden político y de la paz social».* Así este Tribunal pudo declarar en su Sentencia 25/1981, de 14 de julio (RTC 1981\25), que los derechos fundamentales resultan ser «*elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional*», reiterando posteriormente el destacado interés público que se halla en la base de la tutela de los derechos fundamentales”.

Establecidos así los elementos de referencia debo pues analizar si en los DESC confluyen asimismo esos elementos, con el fin de determinar si existe o no una categoría única de derechos fundamentales.

3.1.1. La idéntica fundamentación de los derechos fundamentales y derechos sociales: la dignidad humana

Un mismo denominador común de ambos grupos de derechos se encuentra precisamente en la dignidad humana; ya he expuesto en el Capítulo II de qué manera engarzan los DESC con el fundamento de la dignidad. En el

¹⁰⁰⁰ PEREZ LUÑO, A.E, “*Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*”. Ob. Cit. Pág. 50.

presente apartado voy a desarrollar este fundamento común para toda la categoría de derechos fundamentales.

El Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁰⁰¹, declara: *“Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana, Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos,...”*. Esta declaración refleja, a mi juicio claramente, la idéntica fundamentación de una y otra categoría de derechos, eje de la tesis que mantengo.

La idea de la dignidad humana se encuentra inserta en el fundamento ético de los derechos fundamentales; ello obliga a tener en cuenta la entidad del otro, el conjunto de decisiones e intereses en que se plasma su voluntad individual. Ya no es la búsqueda personal de la felicidad y perfección, que he destacado en la obra de KANT, tomada de Aristóteles; resulta un objetivo de acción de la sociedad en conjunto. Sobre la base del artículo 10.1 de la CE, la dignidad humana es en el texto constitucional español nada menos que el fundamento del orden político y la paz social. La dignidad sería pues la cláusula de cierre del sistema, según el sentido mantenido por el profesor PRIETO, tal como he afirmado en un capítulo anterior; el elemento inspirador de todas las acciones que de la misma se derivan. Con el reconocimiento de la dignidad humana en los términos del artículo 10.1, la Constitución española se adhiere a los criterios de legitimidad del Estado democrático; el Estado se justifica porque sirve al objetivo del desarrollo de la dignidad, la idea de dignidad se concreta en los valores del artículo 1.1 que, por su parte, aparecen desarrollados por el modo en que se articula el poder y en la forma en que se estructuran las relaciones entre el poder político y los ciudadanos. Su respeto se convierte,

¹⁰⁰¹ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

pues, en instrumento de legitimidad para el Estado. Como afirma DWORKIN: *“Una comunidad política no tiene poder moral para crear e imponer obligaciones a sus miembros, a menos que los trate con igual consideración y respeto; a menos, esto es, sus políticas cuiden sus destinos con igual importancia y respeto que sus responsabilidades individuales para con sus propias vidas”*¹⁰⁰². Este autor llega aún más allá, afirmando que todos los derechos políticos derivan de este principio fundamental¹⁰⁰³.

A partir de esta nota introductoria del valor de la dignidad en el ordenamiento jurídico, entiendo que resulta preciso analizar su contenido y alcance. Al respecto, tal como afirma DE ASÍS ROIG: *“El núcleo básico de los derechos fundamentales, en cuanto figuras con relevancia ética, está compuesto por cuatro ideas: capacidad de elección, autonomía individual, satisfacción de necesidades básicas y consecución de planes de vida”*¹⁰⁰⁴. Todas ellas son, pues, manifestaciones de la dignidad, en cuanto ingredientes necesarios de la plenitud del desarrollo de la personalidad humana. La dignidad, en cuanto precisa que sea reconocida por los otros, que se plasme en el comportamiento del sujeto con el que interacciona el individuo, es siempre del hombre social, es de cada hombre pero se realiza necesariamente en la vida social¹⁰⁰⁵. Esta idea de vida social y que la comunidad debe facilitar las condiciones sociales para la consecución de una buena vida, figura en la obra de Aristóteles, para quien: *“Fin de la ciudad es...el bien vivir, y todo eso está orientado a ese fin. La ciudad es la asociación de familias y aldeas para una vida perfecta y autosuficiente. Y ésta es, como decimos, la vida feliz y bella”*¹⁰⁰⁶.

Las reflexiones del profesor DE ASÍS comentadas en el párrafo anterior, son herederas del pensamiento de Immanuel Kant, para quien, como manifiesta PÉREZ LUÑO, su concepto de dignidad queda vinculado con la noción de persona y personalidad, entrañando no sólo la garantía negativa de

¹⁰⁰² “...A political community has no moral power to create and enforce obligations against its members unless it treats them with equal concern and respect; unless, that is, its policies treat their fates as equally important and respect their individual responsibilities for their own lives”. DWORKIN, R. “Justice for Hedgehogs”. Ob. Cit. Pág.330.

¹⁰⁰³ Idem. Pág. 330.

¹⁰⁰⁴ ASÍS ROIG, R. DE. “Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista”. Ob. Cit. Pág. 36.

¹⁰⁰⁵ PECES-BARBA, G. “Curso de Derechos Fundamentales”. Ob. Cit. Pág. 216.

¹⁰⁰⁶ ARISTÓTELES. “Política”. Alianza Editorial. 2012. Pág. 135.

que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad del individuo; el pleno desarrollo de la personalidad tiene, pues, dos significados: el reconocimiento de la auto-disponibilidad, sin interferencias externas en las posibilidades de actuación de cada hombre, y la autodeterminación que surge de la libre proyección histórica de la razón humana antes que de la naturaleza¹⁰⁰⁷. A juicio del catedrático de la Universidad de Sevilla, KANT supo formular con claridad la idea del valor universal del individuo “...*porque sólo cuando a cada uno y a todos los individuos les sea reconocido un valor universal será posible hablar de derechos humanos*”¹⁰⁰⁸. Para PECES-BARBA, las manifestaciones de la dignidad, en cuanto autonomía, gozan de dos momentos distintos: en uno, autonomía significa capacidad de elección, libertad psicológica, poder de decidir libremente, pese a los condicionamientos y limitaciones de la condición del sujeto; en otro, la autonomía significa libertad o independencia moral, resultado de la situación del hombre que sigue las reglas que él mismo se ha dado como consecuencia de su capacidad de elección¹⁰⁰⁹. Todas ellas, por lo tanto, relacionadas con la dignidad del ser humano y el ejercicio pleno de su libertad. Idea de libertad que configura el profesor como: “...*condición imprescindible para la acción, que permite alcanzar a cada individuo los objetivos y fines morales que persiga, y que son la expresión de la dignidad humana, de su consideración como fin en sí, como algo valioso*”¹⁰¹⁰. Este cambio de valores que representa pasar del ejercicio individual de las libertades al desarrollo pleno de la dignidad de la persona ha sido puesto, acertadamente, de manifiesto por MONEREO, quien ha destacado: “*Si los viejos “estatutos” (estados de vida) configuraban una reducida tipología ligada a la relación con los otros –libertatis, familiae, societatis-, los nuevos estatutos hacen referencia también a la relación de los propios sujetos con ellos mismos, con la propia identidad, con el proyecto de vida y con los propios deseos, primando el objetivo de la autonomía y la autodeterminación, cualquiera que*

¹⁰⁰⁷ PÉREZ LUÑO, A.E., “La Tercera Generación de derechos humanos”. Ob. Cit. Pág. 231.

¹⁰⁰⁸ Idem. Pág. 231.

¹⁰⁰⁹ PECES-BARBA, G. “La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho”. Ed. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson, Madrid 2003. Pág. 69.

¹⁰¹⁰ PECES-BARBA, G. “Curso de Derechos Fundamentales”. Ob. Cit. Pág. 215.

sea la “situación fáctica” o social en la que se encuentre, so pena de incurrir en procesos de exclusión o vulnerabilidad sociales”¹⁰¹¹.

El esquema tradicional basado exclusivamente en el ejercicio de los derechos de participación, resulta claramente insuficiente para garantizar el desarrollo pleno de la dignidad humana, en el sentido que he expresado. En el contexto actual, el estudio de la dignidad humana se focaliza en las condiciones de vida, sin las cuales el ejercicio de los derechos civiles y políticos no tiene ningún sentido. Como afirma DWORKIN, al margen de determinismos sin fundamento, “una vida humana puede tener valor en la manera en que es vivida”¹⁰¹². Esta misma idea se encuentra asimismo contenida en el pensamiento de Thomas Jefferson, para quien el ser humano se encontraba dotado por el Creador con derechos inalienables a la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad¹⁰¹³.

PÉREZ LUÑO¹⁰¹⁴, citando a BLOCH, manifiesta que la dignidad humana ha sido en la historia, y es en la actualidad, el punto de referencia de todas las facultades que se dirigen al reconocimiento y afirmación de la dimensión moral de la persona. El artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 ya contiene esta declaración, al instituir en su artículo 22 que: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”. Esta declaración presenta para mí una ventaja extraordinaria, pues representa el enlace, a través de una norma internacional, de los DESC, como instrumento del plan de vida del individuo y, por lo tanto, de la dignidad humana. En apoyo asimismo de esta argumentación, determinadas posiciones doctrinales enmarcan los derechos fundamentales con un catálogo determinado de

¹⁰¹¹ MONEREO PÉREZ, J.L. “Comentario a la Constitución Socio-económica de España”. Ob. Cit. Pág. 1758.

¹⁰¹² “...a human life can have value in the way it is lived”. DWORKIN, R. “Justice for Hedgehogs”. Ob. Cit. Pág. 230.

¹⁰¹³ “...a human being is endowed by his Creator with inalienable rights to life, liberty and the pursuit of happiness”. Citado en Idem. Pág. 339.

¹⁰¹⁴ PEREZ LUÑO, A.E. “Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución”. Ob. Cit. Págs. 50-51.

necesidades; elemento que enlaza con el concepto de dignidad que acabo de expresar.

Debo analizar ahora cuál ha sido el reconocimiento en el ordenamiento jurídico español de este proceso de evolución. Para ello, parto del papel constructivo que, en relación con los derechos fundamentales, desempeña el Tribunal Constitucional como máximo órgano de interpretación del texto constitucional; al respecto, como manifiesta GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ con espíritu crítico: *“Los estudios que se ocupan ante todo de sistematizar la jurisprudencia constitucional, de la reducción de lo particular a orden general, no conducen por sí solos a una dogmática, sino, todo lo más, a una operatividad práctica del Derecho constitucional”*¹⁰¹⁵. Se puede entender, por lo tanto, que el Tribunal Constitucional no sigue una línea uniforme en sus planteamientos jurisprudenciales sobre la dignidad. Voy a indicar si ello es así.

Del análisis de los criterios asumidos por el Tribunal se pueden extraer en relación con la materia que estudio las conclusiones siguientes: 1) La consideración a la dignidad humana misma obliga a que sea la misma para todos (STC 181/2000, de 29 de junio. Pleno. F.J. 9º *“Si en el ámbito de la responsabilidad civil, la vida y la integridad (física y moral) han de ser objeto de cuantificación dineraria o patrimonial, el más elemental respeto a la dignidad humana (art. 10.1 CE) obliga a que aquélla sea la misma para todos”*); aunque caben modulaciones en su aplicación práctica (STC 53/1985, de 11 de abril. Pleno. FJ 8º *“La dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general, pero cuando el intérprete constitucional trata de concretar este principio no puede ignorar el hecho obvio de la especialidad de la condición femenina y la concreción de los mencionados derechos en el ámbito de la maternidad, derechos que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución”*). 2) Es el valor jurídico fundamental del ordenamiento (STC 53/1985, de 11 de abril. Pleno FJ 8º *“Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico*

1015 GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. *“La Dignidad de la persona y derechos fundamentales”*. Ob. Cit. Pág. 14.

fundamental la dignidad de la persona....”). 3) Se halla vinculada con el libre desarrollo de la personalidad y otros derechos fundamentales (STC 53/1985, de 11 de abril. Pleno. FJ 8º “...Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respecto por parte de los demás”). 4) Como los derechos fundamentales cumple un doble carácter (Sentencia núm. 25/1981, de 14 julio. Pleno. F.J 5º “Ello resulta lógicamente del doble carácter que tienen los derechos fundamentales. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en el sentido estricto, sino en cuanto garantizan un «status» jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (artículo 1º1). Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales, desarrollada por la doctrina, se recoge en el artículo 10.1 de la Constitución, a tenor del cual «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que les son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social». Se encuentran afirmaciones parecidas en el derecho comparado y, en el plano internacional, la misma idea se expresa en la Declaración universal de los derechos humanos (preámbulo, párrafo 1º) y en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales del Consejo de Europa (preámbulo, párrafo 4º). En el segundo aspecto, en cuanto elemento fundamental de un

ordenamiento objetivo, los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, en nuestro caso al del Estado social y democrático de Derecho, y atañen al conjunto estatal. En esta función, los derechos fundamentales no están afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado. Puede decirse que los derechos fundamentales, por cuanto fundan un «status» jurídico-constitucional unitario para todos los españoles y son decisivos en igual medida para la configuración del orden democrático en el Estado central y en las Comunidades Autónomas, son elemento unificador, tanto más cuando el cometido de asegurar esta unificación, según el artículo 155 de la Constitución, compete al Estado. Los derechos fundamentales son así un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual. Establecen por así decirlo una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna); la función de fundamento del orden político y paz social también figura en la STC nº 17/95, y en las sentencias del TS de 22.11.07, 22.01.08 y 22.09.08. 5) El artículo 10.1 CE encierra posibilidades de directa aplicación, a lo que se asigna una profunda virtualidad jurídica, pues es el fundamento mismo del Estado de Derecho, derivando de él los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), que a su vez son la base de los principios generales del Derecho que aparecen en el artículo 9.3 CE (STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 7).

El concepto de dignidad humana exige pues, en su dimensión actual, el libre desarrollo de la persona, sujeto beneficiario de derechos humanos universales. Este objetivo exige que el Estado disponga de suficientes mecanismos que permitan la participación del individuo en libertad. Siguiendo la palabras de Isaiah Berlin *“ser libre para escoger..y no ser escogido, es un ingrediente inalienable de lo que hace humanos a los seres humanos”*¹⁰¹⁶. Desde este punto de vista, al hablar de derechos, como refiere José García Añón, no podemos realizar una división entre derechos civiles y derechos sociales, e incluso derechos políticos, entendiendo en este sentido una

¹⁰¹⁶ BERLIN, I. *“Cuatro ensayos sobre la libertad”*. Ob. Cit. Pág. LX.

participación real y efectiva¹⁰¹⁷. Idea que coincide con el eje que planteo en el presente trabajo.

Si se analiza la dogmática jurídica sobre los derechos humanos encuentro que, al margen de diferencias terminológicas, numerosos autores con tesis contrapuestas, acaban coincidiendo en el elemento de la dignidad como fundamento del núcleo indisponible para el poder, al que denominan derechos fundamentales, derechos morales, etc. El profesor Eusebio Fernández, crítico con la teoría dualista de Gregorio Peces-Barba, no obstante fundamenta su teoría sobre los derechos morales, manifestando: *“solamente los derechos morales, o lo que equivale a decir los derechos que tienen que ver más estrechamente con la idea de dignidad humana, pueden ser considerados como derechos humanos fundamentales”*¹⁰¹⁸. Como punto de llegada, este autor incluye a los DESC como parte del catálogo de los derechos fundamentales. Dentro del catálogo de estos derechos, resulta fácil percibir cómo el derecho a la alimentación digna o el derecho a la educación que recoge el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales inciden de forma directa en la dignidad de la persona; pero también los restantes derechos que se garantizan a los grupos sociales en riesgo de exclusión y, muy especialmente, a las personas con discapacidad. La falta de reconocimiento de estos derechos a estas personas lesiona de manera grave su dignidad, creando no sólo un ataque discriminatorio directo, sino una radical imposibilidad de desarrollar un proyecto de vida propio, tal como he destacado en el Capítulo I.

Voy a desarrollar de manera más extensa esta afirmación. Como manifestación de la dignidad, el profesor PECES-BARBA¹⁰¹⁹ distingue la denominada libertad promocional, junto con la protectora y la de participación; esta categoría del ámbito de libertad, situado en un momento histórico, se vincula con los DESC. Fruto del proceso de especificación, la libertad promocional queda enlazada con la existencia de necesidades básicas en determinados colectivos, participa de la universalidad que se predica de los

¹⁰¹⁷ GARCÍA AÑÓN, J. *“Los derechos de las personas con discapacidad y las medidas de acción”*, en VV.AA. *“Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas”*. Ob. Cit. Pág. 88.

¹⁰¹⁸ FERNÁNDEZ, E. *“Teoría de la Justicia y Derechos Humanos”*. Ob. Cit. Ed. Debate. Madrid. 1987. Pág. 108

¹⁰¹⁹ PECES-BARBA, G. *“Curso de Derechos Fundamentales”*. Ob. Cit. Pág. 225.

restantes derechos fundamentales, y resulta esencial en el contexto de la libertad social, política y jurídica para fundamentar los derechos humanos; carácter que se encuentra en el origen histórico de los derechos humanos, en el marco de una concepción liberal de los derechos, conforme a la cual los derechos humanos se conceptúan como derechos mínimos, propios de cada persona, frente al poder del Estado. Sin embargo, la noción de dignidad no basta; se trata de un principio sin contenido determinado, que más bien instituye una obligación universal de respeto incondicionado y que requiere el concurso con otros principios complementarios: la libertad e igualdad¹⁰²⁰. No obstante, al margen de determinadas posiciones doctrinales en virtud de las cuales la libertad prima sobre la igualdad, como he indicado anteriormente al analizar la teoría de DWORKIN y las tesis igualitaristas, entiendo que una y otra se encuentran, pues, íntimamente unidas; la libertad no es posible si no se da un grado de igualdad, pero no sólo ésta desde un punto de vista formal, en cuanto a la aplicación igualitaria de la Ley, o incluso desigualitaria en la llamada discriminación inversa, sino también en la igualdad material con la que el aspecto formal conecta. Este principio de igualdad material es el que, inicialmente, quedaría satisfecho con los DESC; igualdad para llegar a la meta, como la califica PECES-BARBA¹⁰²¹.

Con el fin de asegurar su efectividad, incidiría en su aplicación, en el marco de la aplicación de la regla de ponderación, la denominada ley del balance, incluida por ALEXY en su Teoría de los derechos fundamentales; según la cual *“cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”*; es decir, dado que el grado de satisfacción de este ámbito de libertad, la promocional, se ha visto reiteradamente violado, resulta imperioso para el sistema el reconocimiento de su carácter fundamental. Según el significado que Liborio L. Hierro otorga a esta regla *“...hay que interpretar a Alexy en el sentido siguiente: en primer lugar, averiguamos si A se encuentra entre los medios adecuados para obtener B y, en segundo lugar, vemos si no existen medios*

¹⁰²⁰ GANZENMÜLLER, C y ESCUDERO, F.F. *“Discapacidad y Derecho”*. Ed. Bosch.2005. Pág. 54.

¹⁰²¹ PECES-BARBA, G. *“Curso de Derechos Fundamentales”*. Ob. Cit. Pág. 289.

*menos lesivos que A de alcanzar B*¹⁰²². Este criterio resulta útil para interpretar instrumentos esenciales para la defensa de, por ejemplo, los derechos de las personas con discapacidad como los “*ajustes razonables*”, institución que surgió por primera vez en el ordenamiento jurídico español en la Ley 51/2003, y se ha recogido en la Convención de las Naciones Unidas para la Defensa de los Derechos de las Personas con Discapacidad, ya citada. Esta regla, resultaría, por ejemplo, un criterio doctrinal de rango privilegiado que permitiría la definitiva implantación de una institución que, si bien con su carácter de concepto jurídico indeterminado arroja dificultades inimaginables para su aplicación práctica, resulta imprescindible para el efectivo reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, en cuanto criterio para evaluar posibles conductas de discriminación, como he analizado en extenso en el Capítulo I.

Estos principios que encierra el valor de la dignidad humana se encuentran en la consideración de la persona como un fin en sí misma y a ello se llega cuando se respetan los fines que ella persigue; por contra, se trataría a los hombres como medio cuando se menoscaba o se obstaculiza el ejercicio de esas disposiciones, interfiriendo en los fines que los individuos se proponen¹⁰²³. Se vuelve, pues, a la misma idea del principio de que para poder atribuir el significado pleno al concepto de dignidad humana se precisa situar a la persona en el entorno en el que se mueve y, a partir de aquí, determinar los obstáculos que impide al individuo desarrollar su fin de vida en plenitud de libertad e igualdad. Según refiere PÉREZ LUÑO, es precisamente en cláusulas tales como la del artículo 10.1 de la Constitución Española donde la jurisprudencia y doctrina alemanas encuentran fundamento para adaptar los derechos fundamentales a los fluctuantes valores y necesidades que emergen de la consciencia social¹⁰²⁴.

Hasta la fecha, el camino recorrido ha sido, sin embargo, otro. La doctrina ha estudiado la dignidad de la persona en el marco del sistema constitucional y llega a una conclusión unánime, siguiendo el parecer del

¹⁰²² HIERRO, L.L. “*Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy*” citado en ALEXY, R. “*Derechos sociales y ponderación*”. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. 2ª ed. Madrid. 2009. Pág. 227.

¹⁰²³ NINO, C.S. “*Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*”. Ob. Cit. Pág. 240.

¹⁰²⁴ PEREZ LUÑO, A.E., “*La Tercera Generación de derechos humanos*”. Ob. Cit. Pág. 182.

Tribunal Constitucional, de que no constituye un derecho fundamental^{1025 1026}, no obstante, pasa a ser utilizada para definir la discriminación en tres sentencias muy próximas en el tiempo: las SSTC 153/1994, 173/1994 y 269/1994; y en la STC 27/2004, para diferenciar entre la prohibición de la discriminación y “*el principio genérico de igualdad*”¹⁰²⁷. Resultará erróneo, de conformidad con ese criterio, fundamentar una reclamación por discriminación sobre la base de una lesión de la dignidad de la persona; no obstante, la dignidad, en cuanto valor supremo del ordenamiento jurídico, permite interpretar los derechos fundamentales de libertad e igualdad, partiendo del prisma bifronte de la dignidad, comentado hasta ahora. Trasladada esta afirmación a uno de los colectivos con especiales necesidades, objeto de mi estudio, el de personas con discapacidad, resultaría que, sobre la base del Art. 49 del texto constitucional, la persona con discapacidad se inserta en la sociedad como un colectivo definido específicamente, que se encuentra sujeto a un tratamiento y protección especial, diferente del resto de los ciudadanos. En los casos de no considerarse esta protección especial requerida por las personas con discapacidad, surgiría la violación del derecho a la igualdad¹⁰²⁸. Por la vía de la conexión esbozada en este apartado, la satisfacción de la dignidad se constituye pues en un bien moral primario, del que dependen para no pocas personas y sus familias el ejercicio pleno de la libertad e igualdad. Es por ello, que aquí se encuentra el eje de la fundamentación de los DESC como derechos fundamentales. Se puede superar, de esta forma, la consideración tradicional de que esta categoría de derechos satisfacía estos bienes sólo indirectamente en conexión con otros derechos, por lo que podrían ser fácilmente violados, como podía dar lugar una interpretación radical del artículo 53.3 de la Constitución Española. Los párrafos que voy a desarrollar a continuación demuestran que, en realidad, esto no es así.

¹⁰²⁵ ATC 149/999 “*Debemos destacar...la existencia de un pretendido derecho fundamental a la dignidad humana que opere de forma autónoma e independiente ex art. 10CE. Comenzando por esta última invocación basta recordar que la dignidad de la persona no se reconoce en nuestra Constitución como un derecho fundamental sino como “fundamento del orden político y la paz social”.*”

¹⁰²⁶ ATC 241/1985 “*no puede ser objeto de amparo el principio de dignidad de la persona a que se refiere el art. 10 de la Constitución, con independencia de que tal idea constituya además o no un derecho subjetivo*”.

¹⁰²⁷ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. “*La Dignidad de la persona y derechos fundamentales*”. Ob. Cit. Pág. 99.

¹⁰²⁸ PALACIO,, A. “*Las múltiples dimensiones de la discapacidad*”. Ob. Cit. Págs. 97 y 99.

He, pues, formulado tanto el argumento como el fundamento para la acción; sólo resta, pues, ponerlo en práctica.

3.1.2. La interdependencia entre derechos fundamentales

El profesor RUIZ MIGUEL entiende que la distinción entre derechos civiles y políticos y los derechos sociales resulta, compartiendo la línea apuntada en este trabajo anteriormente, una cuestión meramente ideológica. Una primera netamente conservadora resultaría aquella conforme a la cual sólo los derechos liberales merecerían el nombre de derechos fundamentales, en cuanto derechos básicos, universales, incondicionales e indeclinables; conforme a una segunda, progresista, unos y otros resultarían un continuo en el que los derechos civiles y políticos son condición previa pero no suficiente de libertad e igualdad, que sólo serían reales y efectivas con la completa extensión de los derechos sociales¹⁰²⁹.

En opinión de ALEXY¹⁰³⁰ el argumento principal a favor de los derechos sociales fundamentales es un argumento de libertad. No obstante, esta libertad no consiste en la libertad individual, que se plasma en un conjunto de meras preferencias, sino la libertad de todos; la del *“hombre situado”* en el contexto social, de quien se pueda predicar un trato igualitario, aunque sea desde la diferenciación. En este ámbito social, los derechos fundamentales, precisamente por ese origen común del valor libertad principalmente, y complementariamente de los valores de igualdad, de seguridad jurídica y de solidaridad, que suponen una explicitación y un intento de desarrollar integralmente la idea de dignidad humana, no pueden entenderse aisladamente, sino que esa raíz común lleva a una interdependencia y a una mutua implicación, que se suele explicitar indicando que la libertad es indivisible¹⁰³¹. Se puede afirmar, pues, que no resulta útil la articulación de factores de jerarquización entre valores como la libertad y la igualdad, en la medida en que ambos contribuyen a preservar la dignidad del individuo; cuando DWORKIN razona afirmando que en la disputa entre ambos valores la libertad lleva todas las de perder, se refiere al ejercicio de la libertad individual,

¹⁰²⁹ RUIZ MIGUEL, A. *“Derechos liberales y derechos sociales”*. Ob. Cit. Pág. 653.

¹⁰³⁰ ALEXY, R. *“Teoría de los derechos fundamentales”*. Ob. Cit. Pág. 446.

¹⁰³¹ PECES-BARBA, G. *“Curso de Derechos Fundamentales”*. Ob. Cit. Pág. 361.

no en el contexto social, como corresponde a su liberalismo acendrado¹⁰³². Al respecto, RIBOTTA, analizando con espíritu crítico las tesis de Rawls y Dworkin, afirma: “...que libertad e igualdad no son (y no pueden ser) conceptos antagónicos, ya que dependen conceptualmente uno de otro. Y, especialmente, es la libertad la que no puede realizarse plenamente sin la igualdad. Concretamente, sin cierto grado de igualdad material, ya sea de recursos, de bienes, de capacidades o de oportunidades”¹⁰³³. La conexión entre los valores de libertad e igualdad ha sido igualmente destacada por autores como PÉREZ LUÑO, quien admite que: “las libertades públicas, que suponen concreciones de la libertad, y los derechos sociales, en cuanto especificaciones de la igualdad, se integran profunda y simultáneamente: porque la libertad sin igualdad no conduce a la sociedad libre y pluralista, sino a la oligarquía, es decir, a la libertad de algunos y a la no libertad de muchos (...), mientras que la igualdad sin libertad no conduce a la democracia, sino al despotismo, o sea, a la igual sumisión de la mayoría a la opresión de quien detenta el poder”¹⁰³⁴. La conexión entre igualdad y dignidad coincide, en el sentido que mantiene FERRAJOLI de la igualdad, como recoge la afirmación siguiente: “La igualdad en los derechos fundamentales resulta así configurada como el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás”¹⁰³⁵. Son las dos vertientes del concepto igualdad: igualdad como no discriminación (diferenciación negativa), e igualdad como exigencia de diferenciación (diferenciación positiva), fruto ambos ámbitos del proceso de generalización, antes indicado¹⁰³⁶. Al ampliar, pues, el concepto de igualdad, esta interconexión se aprecia en toda su intensidad, pasando a ser todos y

¹⁰³² Al respecto, a Dworkin sólo le interesa en primer lugar una concepción de la libertad negativa, no la libertad o poder en general, así como la conexión entre libertad e igualdad distributiva. Sobre esta base dogmática, si acepta la igualdad de recursos como la mejor concepción de la igualdad distributiva, la libertad se convierte en un aspecto de la igualdad en lugar de ser un ideal político independiente. “*Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*”. Ed. Paidós. 2003. Pág. 133.

¹⁰³³ RIBOTTA, S. “John Rawls. Sobre (des) igualdad y justicia”, ob. Cit. Pág. 322.

¹⁰³⁴ ARA PINILLA, I. “Las transformaciones de los derechos humanos”. Ob. Cit. Pág. 111.

¹⁰³⁵ FERRAJOLI, L. “Derechos y garantías. La Ley del más débil”. Ob. Cit. Pág. 76.

¹⁰³⁶ ASÍS ROIG, R. DE, BARRANCO AVILÉS, M., CUENCA GÓMEZ, P., PALACIOS RIZZO, “Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho Español” en A. CUENCA GÓMEZ, P (editora), “Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español”. Ob. Cit. Pág. 12.

cada uno de los valores indicados elementos fundamentales del sistema, y que cada uno de ellos contribuye a la eficacia del resto.

Paralelamente a la diferenciación antes apuntada del profesor italiano, en relación con la cuestión que estudio, resulta básica la distinción entre la igualdad formal e igualdad sustancial, siendo asegurada esta última, conforme mantiene FERRAJOLI, por los derechos fundamentales sociales, afirmando: *“En ambos casos la igualdad está conectada a los derechos fundamentales: a los de libertad en cuanto derecho al igual respeto de todas las diferencias; a los sociales en cuanto derechos a la reducción de las desigualdades”*¹⁰³⁷. Mediante la adopción de medidas de discriminación positiva, mediante acciones concretas dirigidas a colectivos de especiales necesidades, como los que estudio, es como se obtiene la igualdad material, principio contenido en el artículo 9.2 del texto constitucional español, donde se ha dispuesto el mandato a los poderes públicos de remoción de las dificultades que impide a estos colectivos el disfrute de una libertad e igualdad en plenitud. Es en este ámbito de acción donde surgen los DESC.

En este mismo sentido, PRIETO SANCHÍS, desde una posición crítica a la consideración de los derechos sociales como auténticos derechos fundamentales, afirma, partiendo de un análisis del artículo 14 de la Constitución Española, que: *“...es verdad que la construcción de igualdades de hecho mediante diferenciaciones o desigualdades jurídicas no se consigue sólo mediante prestaciones, pero también es cierto que las prestaciones en sentido estricto, tal como aquí han sido perfiladas, sirven siempre a una finalidad de igualdad fáctica”*¹⁰³⁸. Uno de los supuestos en que el profesor PRIETO admite como punto de partida para que las pretensiones de igualdad material puedan formularse como posiciones subjetivas amparadas por el derecho fundamental a la igualdad del artículo 14 del texto constitucional sería aquél en el concurre la circunstancia de: *“...cuando una pretensión de igualdad sustancial concurre con otro derecho fundamental, aun cuando no sea de naturaleza prestacional”*¹⁰³⁹. La conexión de la discriminación que sufren ciertos grupos en riesgo de exclusión social con el principio de igualdad del artículo 14 del texto

¹⁰³⁷ FERRAJOLI, L. *“Derechos y garantías. La Ley del más débil”*. Ob. Cit. Pág. 83.

¹⁰³⁸ PRIETO SANCHÍS, L. *“Ley, principios, derechos”*. Ed. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson, Madrid 1998. nº 7. Págs. 80-82.

¹⁰³⁹ Idem. Pág. 93.

constitucional figura recogida, precisamente, en la STC 62/08, de 26 de mayo (F.J. 5º)¹⁰⁴⁰.

De todo lo visto hasta ahora, puedo afirmar, pues, que libertad e igualdad son derechos fundamentales con una estrecha vinculación, de tal forma que el segundo es instrumento para la efectividad del primero, ambos tomados en el contexto de la dignidad humana, en cuyo seno ambos derechos se consuman. Sólo mediante posturas doctrinales excesivamente formales como la del profesor PRIETO se puede negar esa evidencia, aunque la postura que demuestra de una falta de rechazo absoluto a esa conexión, me deja entender que, en realidad, sí tiene suficiente fundamento para ser reclamada.

Como corolario de todo ello, puedo afirmar que cuando me alejo de tesis marcadamente liberales como las enunciadas por esos autores como Dworkin, Rawls y me introduzco en tesis igualitaristas como la del Premio Nobel de Economía Amartya Sen, esta vinculación resulta todavía más estrecha. Este viaje resulta imprescindible en la medida en que en el Estado de derecho y particularmente en el Estado del bienestar surge más bien la exigencia de una igualdad en sentido material que supone no sólo soluciones adecuadas al derecho en su configuración legal, sino en cuanto que reclama una corrección moral¹⁰⁴¹; es decir, la satisfacción de los anhelos particulares de dignidad de los miembros de la sociedad, articulada a través de disposiciones de contenido normativo y, por lo tanto, de carácter coercitivo.

A la vista de lo analizado, se puede llegar a afirmar que sin las garantías elementales desde el punto de vista económico los otros derechos pierden su sentido¹⁰⁴²; es decir, sin la existencia de determinadas condiciones materiales de las que los DESC proveen a los individuos, los derechos y libertades

¹⁰⁴⁰ “Como ha señalado con reiteración este Tribunal al analizar el art. 14 CE, dicho precepto, además de recoger en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, contiene en el segundo la prohibición de una serie de motivos de discriminación. Esta referencia expresa a concretas razones de discriminación representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (por todas, SSTC 128/1987, de 16 de julio, F. 5; 166/1988, de 26 de septiembre, F. 2; 145/1991, de 1 de julio, F. 2; 17/2003, de 30 de enero, F. 3; 161/2004, de 4 de octubre, F. 3; 182/2005, de 4 de julio, F. 4; 41/2006, de 13 de febrero, F. 6, o 3/2007, de 15 de enero, F. 2)”.

¹⁰⁴¹ GARCÍA FIGUEROA, A. “Principios y positivismo jurídico”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1998. Pág. 80.

¹⁰⁴² En este sentido SEGOVIA, J.F. “Derechos humanos y constitucionalismo”. Ob. Cit. Pág. 47.

fundamentales no pueden llegar a ser ejercidos, corroborando así uno de los ejes de la posición que mantengo en el presente trabajo.

3.1.3 la necesidad del desenvolvimiento pleno del individuo: la teoría de las capacidades

En este grupo encuadro la teoría de las capacidades de Amartya Sen, Philippe Van Parijs y el aristotelismo actualizado de Martha Nussbaum. De acuerdo con lo que expresa la profesora NUSSBAUM la teoría admite dos perspectivas distintas: el enfoque filosófico, que representaría ella misma, y el económico, representado por la teoría del profesor SEN¹⁰⁴³; al profesor indio, en este grupo, debería añadir el profesor VAN PARIJS y el profesor RAZ, como luego indicaré. En relación con la teoría de las capacidades del profesor Sen, ALEXANDER define este concepto de “capacidades” como: “...la libertad que las personas tienen para alcanzar ciertas funcionalidades básicas valiosas”¹⁰⁴⁴. Para él, el pluralismo social sólo resulta garantizado, por lo tanto, en la medida en que la teoría de las capacidades, en cuanto objetivo político, se dirige a igualar las perspectivas de vida de los ciudadanos en relación con las capacidades básicas (oportunidades) más que lo que hacen con estas oportunidades, es decir, las funcionalidades¹⁰⁴⁵. Como manifiesta el propio SEN, la capacidad de una persona refleja las combinaciones alternativas de funcionalidades que la persona puede alcanzar, y de la que él o ella puede elegir un número de ellas¹⁰⁴⁶. Esta perspectiva es criticada por DWORKIN, en la medida en que entiende que esa posición resulta subjetiva y varía de persona a persona y comunidad a comunidad, y, por lo tanto, concluye DWORKIN que la sugerencia de que el gobierno debiera dar pasos en orden a facilitar la igualdad de capacidades resulta inaceptable¹⁰⁴⁷. No obstante, esta afirmación obedece a la adscripción

¹⁰⁴³ “The alternative, then, is the “capabilities approach”, an approach that has been developed in somewhat different ways by me in philosophy and by Amartya Sen in economics”. NUSSBAUM, M.C. “Frontiers of Justice”. Ob. Cit. Pág. 70.

¹⁰⁴⁴ “...freedom that people have in order to achieve certain basic valuable functionings”. ALEXANDER, J.M. “Capabilities and Social Justice. The Political Philosophy of Amartya Sen and Martha Nussbaum”. Ob. Cit. Pág. 50.

¹⁰⁴⁵ “Pluralism is therefore preserved insofar as the capability approach as a political objective aims at equalizing citizens’ life prospects for basic capabilities (opportunities) rather than what they do with these opportunities, namely functionings”. Idem. Pág. 50.

¹⁰⁴⁶ “The capability of a person reflects the alternative combinations of functionings the person can achieve, and from which he or she can choose once collection...”. SEN.A. “Capability and well-being”, en “The Quality of life”. Ob. Cit. Pág. 31.

¹⁰⁴⁷ “These capacities are subjective and vary from person to person and community to community, and hence Sen’s suggestion that government should take steps to bring about equality in these capacities is

igualitarista del autor americano, ya analizada, en función de la cual pretende formular una teoría moral general para toda la sociedad, con valores que pueden llegar a ser asumidos por todos sus miembros; pero, en realidad, las críticas que la dirige no resulta un obstáculo real a su fundamentación.

No obstante, la valoración negativa que al respecto pueda llegar a formularse doctrinalmente, lo cierto es que la teoría de las capacidades desarrolla un “*consecuencialismo*”, en función del cual los derechos no quedan como algo teórico, sino que el análisis sobre su titularidad y contenido se efectúa de forma global, precisando los efectos que puede traer consigo que no se tome la decisión concreta que se plantea como causa de la acción; valorando para ello el conjunto de valores y acciones que deban ser tenidos en cuenta en esta toma de decisiones. A diferencia de las tesis utilitaristas que propugnan un monismo consecuencialista, la maximización del beneficio de la comunidad, las teorías de los profesores Sen y Nussbaum son pluralistas; destacan la existencia de una multitud de circunstancias sociales que pueden coartar la libertad, por lo que resulta obligado para los poderes públicos adoptar las medidas necesarias para eliminar esos obstáculos, poniendo los medios para su desenvolvimiento pleno. Más adelante analizaré esta teoría y la incidencia que tiene en relación con el objeto de mi estudio. Como manifiesta el propio SEN, se diferencia de los análisis standard basados en la utilidad en el hecho de no insistir en que se deba evaluar solamente la felicidad, o el deseo satisfecho; de los no utilitaristas al no situar entre los objetos valiosos los bienes primarios o los recursos en sí mismos¹⁰⁴⁸. Supone una auténtica corrección de las tesis igualitaristas antes expuestas. Muestra un camino diferente para la evaluación de las oportunidades individuales y, por lo tanto, de las correcciones que han de formularse en el marco de una sociedad justa.

En ella hay un componente individual, relacionado con una idea expansiva de la libertad del individuo, y otro político, en la medida en que el marco político en el que se desarrolla esta teoría es el liberal democrático. Es más, su desarrollo se convierte en la prueba democrática del sistema. Desde una profunda

unacceptable”. ALEXANDER, J.M. “*Capabilities and Social Justice. The Political Philosophy of Amartya Sen and Martha Nussbaum*”. Ob. Cit. Pág. 71.

¹⁰⁴⁸ “It differs from the standard utility-based approaches in not insisting that we must value only happiness, or only desire fulfillment...It differs also from other –non utilitarian– approaches in not placing among value-objects primary goods as such..., or resources as such ...”. SEN. A. “*Capability and Well-Being*”, en “*The Quality of life*”. Ob. Cit. Pág. 48.

consideración de la libertad del individuo, SEN entiende que: *“Puesto que la idea de capacidad está ligada a la libertad sustantiva, asigna un papel central a la habilidad real de la persona para hacer diferentes cosas que valora”*¹⁰⁴⁹. Resulta clave, a mi juicio, la distinción que efectúa este autor entre libertad para el bienestar y la libertad para la capacidad de acción; afirma al respecto que la primera puede ser de más interés general para la política pública, la segunda puede ser presumiblemente de interés primario para el sentimiento personal sobre los propios valores¹⁰⁵⁰. Ambos valores podrían ser, hasta cierto punto contrapuestos; no obstante, esta oposición resulta crucial para distinguir el cambio que constituye la teoría de este autor, y básico, por lo tanto, en el análisis de las necesidades de determinados colectivos. Aquello que puede producir efectos positivos desde el punto de vista del bienestar general, puede no ser adecuado para lograr la satisfacción personal que las decisiones de política social deben perseguir. Supone para SEN un cambio en el foco de atención del estudio y del análisis socio-económico, que pasa de los medios de vida a las oportunidades reales de la persona¹⁰⁵¹. Este autor reinterpreta los bienes primarios de John RAWLS y concluye *“que no son valiosos en sí mismos, pero pueden ayudar, en diferentes grados, a buscar lo que realmente valoramos”*¹⁰⁵². La conversión de bienes primarios en capacidades viene influida, según SEN, por cuatro fuentes importantes de variación: 1) las heterogeneidades personales, entre las que se encuentran las discapacidades de la persona; 2) las diversidades en el ambiente físico; 3) las variaciones en el clima social; 4) las diferencias en perspectivas relacionales¹⁰⁵³. Por ejemplo, en relación con la discapacidad, este autor manifiesta que, desde su enfoque, actúa en una doble perspectiva, en cuanto reduce la habilidad para ganar ingresos y, al mismo tiempo, convertir el ingreso en capacidad. Este último factor SEN lo denomina *“la desventaja de la conversión”*, y consiste en la dificultad de convertir ingresos y recursos en buena vida, precisamente debido a la discapacidad¹⁰⁵⁴. Al incorporar SEN este factor al índice de población con discapacidad por debajo del nivel de pobreza, el mismo se eleva del 23,10% al 47,40%, veinte puntos porcentuales sobre la porción de

¹⁰⁴⁹ SEN, A. *“La idea de la Justicia”*. Ob. Cit. Pág. 283.

¹⁰⁵⁰ Idem. Pág. 319.

¹⁰⁵¹ Idem. Pág. 283.

¹⁰⁵² Idem. Pág. 284.

¹⁰⁵³ Idem. Pág. 285.

¹⁰⁵⁴ Idem. Págs. 286 y 288.

individuos bajo la línea de la pobreza en la población total (17,90%); atribuyendo cerca de una cuarta parte a la desventaja del ingreso y tres cuartas partes a la desventaja de la conversión¹⁰⁵⁵. Al respecto, el Premio Nobel indio concluye que: *“Si las exigencias de la justicia tienen que dar prioridad a la eliminación de la injusticia manifiesta, en lugar de concentrarse en la búsqueda prolongada de la sociedad perfectamente justa, entonces la prevención y el alivio de la discapacidad han de ocupar un lugar central en la empresa de la promoción de la justicia”*¹⁰⁵⁶. Indica finalmente sobre este colectivo que: *“Los 600 millones de discapacitados en el mundo no están apestados sólo por el ingreso reducido. Su libertad para vivir una buena vida está malograda en muchas formas diferentes, que actúan separadas y juntas para ponerlos en peligro”*¹⁰⁵⁷. Compartiendo plenamente la afirmación de este autor, uno de los factores que inciden de forma directa en esta tasa de conversión es la falta de accesibilidad de los bienes que la población utiliza en su vida diaria; lo que determina que la población con discapacidad deba emplear un incremento notable de sus recursos personales para la obtención de los mismos niveles de bienestar que la población sin discapacidad; siendo éste uno de los ejes de la tesis que mantengo, dado que este exceso de gasto incide directamente en la esfera de libertad de estos individuos y genera, por lo tanto, una situación discriminatoria.

Un paso adelante en el estudio de una teoría de la justicia debe partir, pues, del enfoque de las capacidades por encima de la tesis basada exclusivamente en los recursos, pues como concluye SEN: *“...como ha mostrado de manera muy persuasiva Elizabeth Anderson, la métrica de la capacidad es superior a la métrica de los recursos porque se enfoca en los fines y no en los medios, puede afrontar mejor la discriminación contra los discapacitados, es apropiadamente sensible a las variaciones individuales de la actividad que importa en democracia, y está bien dispuesta para orientar la justa prestación de los servicios públicos, en especial la salud y la educación”*¹⁰⁵⁸. Su teoría sobre las capacidades se mueve en un ámbito de libertad sustantiva que el profesor SEN describe como: *“Ciertamente, ser libre para hacer algo con independencia de otros (así que no importa lo que ellos quieren) confiere a la libertad sustantiva*

¹⁰⁵⁵ Idem. Págs. 288-289.

¹⁰⁵⁶ Idem. Pág. 289.

¹⁰⁵⁷ Idem. Pág. 290.

¹⁰⁵⁸ Idem. Pág. 293.

*una fuerza que está ausente cuando esa libertad de hacer otra cosa está condicionada a la ayuda o a la tolerancia de otros, o depende de una coincidencia (<da la casualidad>) entre lo que la persona quiere hacer y lo que las otras personas, que podrían haberlo evitado, de hecho quieren*¹⁰⁵⁹. Este autor distingue varias características distintas dentro de la idea de libertad: “*capacidad, falta de dependencia y falta de interferencia*”¹⁰⁶⁰. Como he indicado, uno de los aportes fundamentales de SEN a su teoría de la justicia es pues su enfoque pluridimensional, lo que coincide con las conclusiones que he formulado en un apartado anterior: la absoluta interdependencia entre unos y otros derechos.

En este mismo sentido, Van Parijs, desde un punto de vista estrictamente económico, entiende que el hecho de que haya pequeñas variantes en las capacidades, o diferencias en el contexto con capacidades iguales, puede llevarnos a tremendas diferencias en la cantidad de recursos controlados por una persona, por lo que deberíamos resistirnos a esa reducción de todas las desigualdades de recursos externos¹⁰⁶¹. El economista belga incide en el aspecto que he venido desarrollando en el presente capítulo; el efecto que producen las capacidades personales en la obtención de la igualdad, que él analiza desde el punto de vista del reparto de recursos y de la asignación de una renta mínima necesaria, mediante la maximización de un ingreso básico como concepción de justicia compatible con el principio de libertad formal que propugna. Para este autor, la fórmula para lograr la igualdad, la maximización sostenible de un ingreso básico, se matiza mediante dos elementos: la necesaria libertad formal y la, ya comentada, diversidad no dominada¹⁰⁶². La discapacidad, desde el punto de vista analizado por este autor, incide tanto en la dificultad para la obtención de una renta de trabajo normalizada, como el incremento de costes que ello conlleva. Estas especiales consideraciones las agrupa bajo este concepto de “*diversidad no dominada*”.

El enfoque del profesor belga, con un análisis meramente económico, propugna la libertad formal; como he comentado anteriormente. Este principio resulta insuficiente si se abordan las causas de exclusión social desde una teoría

¹⁰⁵⁹ Idem. Págs. 335-336.

¹⁰⁶⁰ Idem. Págs. 339.

¹⁰⁶¹ VAN PARIJS, P. “*Libertad real para todos. ¿Qué se puede justificar al capitalismo (si hay algo que pueda hacerlo)*”. Ob. Cit. Pág. 152.

¹⁰⁶² Idem. Pág. 230.

integral de la justicia, como propugno, integrada por valores como la libertad, la justicia y la solidaridad. La renta mínima que pretende garantizar no acomete en profundidad los problemas que tienen que afrontar los colectivos necesitados, si de lo que se trata es de garantizar en la sociedad un pleno respeto a la dignidad de las personas que lo integran. En especial, para el colectivo de personas con discapacidad, o cualquier otro como el personal desempleado, su dignidad no puede quedar garantizada con la aportación de una cantidad concreta dineraria. Resulta preciso acometer la supresión de las barreras sociales que se encuentran, para que su libertad e igualdad, resulten efectivas. Ello sólo puede ser abordado desde la perspectiva de la igualdad material.

La profesora NUSSBAUM recoge en su obra *“Las fronteras de la justicia”* la elaboración de una vertiente de la teoría de las capacidades netamente filosófica, sobre la base de una idea de dignidad humana de perfil neo-aristotélico que es llevada a efecto mediante las relaciones interpersonales¹⁰⁶³, en la que el bien del ser humano deriva tanto de un aspecto social como político. Parte para ello de la idea kantiana del ser humano como fin, que le permite esbozar su idea de vida digna para la que resulta un elemento básico el pleno desarrollo de las capacidades del individuo¹⁰⁶⁴; individuo en el que siempre existirá algo maravilloso y digno de aprecio dentro de un organismo natural complejo, en el sentido que toma de Aristóteles¹⁰⁶⁵. La cuestión que plantea entronca plenamente con una teoría de la justicia en la que no ocupa papel alguno la alocaación de recursos propia de una idea de justicia distributiva, sino el desarrollo de las capacidades de cada individuo, que le permite actuar como un ser humano en plenitud, sobre todo, las personas con discapacidad intelectual¹⁰⁶⁶: responde a la pregunta de ¿qué son las personas en general (y cada una de ellas en particular) realmente capaces de hacer y de ser?¹⁰⁶⁷ Se trata de una teoría de resultados, y

¹⁰⁶³ “...the capabilities approach takes its start from the Aristotelian/Marxian conception of the human being as a social and political being, who finds fulfillment in relations with others”. NUSSBAUM, M.C. *“Frontiers of Justice”*. Ob. Cit. Pág. 85.

¹⁰⁶⁴ “The basic idea is that with regard to each of these, we can argue, by imagining a life without the capability in question, that such a life is not a life worthy of human dignity...”. Idem. Pág. 78.

¹⁰⁶⁵ “...The approach is animated by the Aristotelian sense that there is something wonderful and worthy of awe in any complex natural organism – and so it is all ready, in that spirit, to accord respect to animals and recognize their dignity”. Idem. Pág. 94.

¹⁰⁶⁶ “...A satisfactory account of human justice must extend reciprocity and respect to people with impairments, including severe mental impairments”. Idem. Pág. 2.

¹⁰⁶⁷ NUSSBAUM, M.C. *“Crear capacidades”*. Ob. Cit. Pág. 33.

que mide el nivel de justicia sobre la base de la capacidad de una nación para asegurar a sus ciudadanos una lista de capacidades esenciales, sometida a una especificación adecuada y alcanzando un umbral adecuado¹⁰⁶⁸. No obstante, entiende que sólo puede decirse que una sociedad es justa cuando se ha alcanzado ese nivel de capacidades¹⁰⁶⁹. Una teoría como la que elabora la profesora norteamericana presenta la ventaja de fijar unos umbrales variables en función de los perfiles humanos de las personas afectadas. Se aleja así del determinismo de las teorías utilitaristas y contractualistas imperantes en el liberalismo contemporáneo, que han sido comentadas anteriormente. Por ello, entiende que, para acometer el desarrollo de su teoría, ha de propugnarse que el actual sistema liberal sea puesto en cuestión en algunos de sus tradicionales puntos de partida: la idea kantiana de persona, el análisis de Hume sobre las Circunstancias de Justicia, la idea contractualista de la ventaja mutua como objetivo de la cooperación social¹⁰⁷⁰. La idea de resignación para la condición humana que nutren estas posiciones ideológicas queda abandonada en aras a un punto de partida basado en el esfuerzo para la acción; el individuo debe obtener un marco estable para que, en el abanico de las aptitudes que presenta (capacidades internas o capacidades básicas), pueda desarrollar el conjunto de facultades (capacidades combinadas) del que es titular. Ya que una persona adquiere normalmente una capacidad interna gracias a cierta forma de funcionamiento y puede perderla si carece de la oportunidad de funcionar¹⁰⁷¹. Esta idea es la que subyace en las más modernas posiciones plasmadas en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, en cuyo preámbulo, apartado j), se contiene la siguiente declaración: *“j) Reconociendo la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso”*. Mediante esta concepción puede ser

¹⁰⁶⁸ “The capabilities approach is an outcome-oriented approach. It measures justice (or partial, minimal social justice) in terms of a nation’s ability to secure to citizens a list of central capabilities, under some appropriate specification and up to a suitable threshold level”. NUSSBAUM, M.C. “Frontiers of Justice”. Ob. Cit. Pág. 281.

¹⁰⁶⁹ “To the extent that rights are used in defining social justice, we should not grant that the society is just unless the capabilities have been effectively achieved”. Idem. Pág. 287.

¹⁰⁷⁰ “My argument has suggested that a liberal theory needs to question some of its most traditional starting points-including the Kantian notion of the person, the Humean account of the Circumstances of Justice, and the contractarian idea of mutual advantage as the purpose of social cooperation”. Idem. Pág. 220.

¹⁰⁷¹ NUSSBAUM, M.C. “Crear capacidades”. Ob. Cit. Pág. 43.

posible desarrollar un principio de igualdad de oportunidades pleno, basado en el principio de dignidad de la persona. Aquí es donde reside la conexión de la teoría de las capacidades desarrollado por la profesora norteamericana con la dignidad; como ella indica: “...el enfoque de las capacidades (al menos, en mi versión) se centra en la protección de ámbitos de libertad tan cruciales que su supresión hace que la vida no sea humanamente digna”¹⁰⁷².

Resulta fácilmente percibible cómo en la enumeración de capacidades centrales que enumera, muchas de ellas sólo pueden ser satisfechas a través de los DESC; afirmando que, de conformidad con su concepción de justicia social, el respeto por la dignidad humana obliga a que los ciudadanos y ciudadanas estén situados por encima de un umbral mínimo amplio (y específico) de capacidad en todas y cada una de las áreas que señala¹⁰⁷³. De la anterior afirmación se puede extraer interesantes conclusiones: el umbral mínimo podría resultar distinto según el sujeto de que se trate; no se puede entender satisfecho ese umbral mínimo con la satisfacción total de esa necesidad, sino cuando el mismo se alcance. Es por ello que, como afirmo en otras ocasiones a lo largo de este trabajo, resulta básico entender que la implantación de una política propia de un Estado social no pasa por satisfacer, en muchos casos, necesidades específicas de determinados colectivos, sino en algunos casos adoptar políticas específicas de naturaleza preventiva, otras que pudieran ser medidas prestacionales, otras, en un mayor grado, medidas de acción positiva como las sancionadoras o las discriminatorias inversas. Todo dependerá del riesgo de exclusión social del colectivo concreto de que se trate, y de las necesidades puntuales que el mismo presenta. Este criterio lo manifiesta, precisamente, la autora en su obra, sobre la base de dos criterios a los que denomina “fertilidad de la capacidad” o “la tendencia de eliminar una desventaja corrosiva determinada”¹⁰⁷⁴.

A mi juicio, una de las funcionalidades más acertadas de su teoría es la conexión que establece entre aquélla y el sistema de derechos humanos. Es, precisamente, la interrelación de la noción de las capacidades básicas con la

¹⁰⁷² Idem. Pág. 52. Estas capacidades centrales son, en la teoría de NUSSBAUM: vida; salud física; integridad física; sentidos, imaginación y pensamiento; emociones; razón práctica; afiliación; otras especies; juego; control sobre el propio entorno.

¹⁰⁷³ Idem. Pág. 56.

¹⁰⁷⁴ Idem. Pág. 65.

dignidad humana lo que obliga a los Estados a respetar la lista de capacidades que plantea; como ella explica: *“Existe una conexión conceptual entre la idea de las capacidades centrales entendidas como derechos humanos fundamentales y la idea de deberes ...Si una capacidad pertenece realmente a la lista de las centrales, es porque guarda una relación estrecha con la posibilidad misma de una vida vivida con arreglo a la dignidad humana. Una concepción convencional de los fines del Estado es la que sostiene que la labor de un gobierno consiste, como mínimo, en hacer posible que las personas lleven una vida así”*¹⁰⁷⁵. El respeto de las capacidades por el Estado, en cuanto derechos humanos, es lo que, según expresa NUSSBAUM la diferencia con SEN, para quien aquéllas no guardan la relación conceptual que claramente tienen los derechos humanos¹⁰⁷⁶; no obstante, la diferencia estriba, como explica ella por la circunstancia de que SEN se refiere a las capacidades en sentido muy genérico, ya que no está hablando de las capacidades centrales, que es un concepto que él no usa¹⁰⁷⁷. Otra virtualidad de su enfoque resulta el intento de compatibilizarla con un sistema político liberal; considera que es una doctrina política en la medida en que su aplicación pasa por una interacción de los colectivos beneficiarios con el Estado. A su entender, los derechos se encuentran correlacionados con los deberes, por lo que si las personas disfrutan de unas garantías éstas deben ser protegidas, incluso en aquellos supuestos en que resulte difícil determinar a quién corresponde esa obligación¹⁰⁷⁸. Entiende que, si bien los derechos (o lo que ella denomina capacidades centrales), no guardan relación conceptual con la acción de los gobiernos, una larga tradición que en Occidente se remonta a Aristóteles, sostiene que una de las tareas claves del Estado (y una de las razones de su subsistencia) es la de asegurar los derechos más fundamentales de su población¹⁰⁷⁹. Sólo se puede predicar de un Estado la consideración de ser justo cuando se implementan las capacidades básicas de los individuos, a través del sistema de garantías¹⁰⁸⁰. El proceso de garantía judicial de la capacidad central (derecho fundamental) constitucionalmente reconocida,

¹⁰⁷⁵ Idem. Pág. 85. También formula una declaración análoga en la página 101.

¹⁰⁷⁶ Idem. Pág. 86.

¹⁰⁷⁷ Idem. Pág. 86.

¹⁰⁷⁸ Idem. Pág. 197.

¹⁰⁷⁹ Idem. Pág. 197.

¹⁰⁸⁰ Idem. Pág. 199.

según NUSSBAUM, resulta un proceso caracterizado por los cuatro elementos o características siguientes: 1) cada capacidad es tratada de forma separada, como algo importante en sí mismo; 2) el proceso resulta aplicado de forma gradual, en la medida en que la labor jurídica va construyéndose a lo largo de los años; 3) el contextualismo, ya que los principios abstractos deben materializarse en un contexto concreto; 4) dedica una atención constante al derecho de las minorías a la igualdad de trato, ya que estos grupos viven en una situación de desventaja en el proceso político mayoritario¹⁰⁸¹.

Destaca la profesora NUSSBAUM que resulta preciso promover un rediseño de la sociedad, más que asignar cantidades de dinero a los individuos¹⁰⁸²; sustituir el enfoque del PIB por el de las capacidades¹⁰⁸³, mucho más humanista y pluralista en cuanto a valores que el estrictamente macroeconómico, ya que mantiene como eje el individuo y no un conjunto de cifras vanas; en consecuencia, el propósito real del desarrollo es el desarrollo humano¹⁰⁸⁴. Este método de análisis de las relaciones sociales en el conjunto del Estado adquiere relevancia, sobre todo, en situaciones de crisis en las que el interés general es desplazado a menudo por el de determinados colectivos que pretenden mantener su situación de privilegio, sobre la base de la dureza de los datos económicos, pese a la discriminación que esta toma de decisiones genere. Este es el valor que aporta el, a mi juicio muy acertado, trabajo de la profesora NUSSBAUM.

Dentro de esta teoría de las capacidades, destaco, igualmente, la elaboración doctrinal del profesor de la Universidad de Oxford Joseph Raz, sobre el concepto de autonomía de la persona. Para el profesor RAZ, para ser autónomo y tener una persona una vida autónoma, una persona debe tener opciones que le permitan desarrollar a lo largo de su vida unas actividades mediante las que pueda ejercitar todas las capacidades que los seres humanos disponen de forma innata, o incluso declinar el ejercicio de algunas de ellas. Entiende que autonomía resulta un concepto distinto de la autorrealización, ya que ésta consiste en el desarrollo de la plenitud de sus capacidades, mientras

¹⁰⁸¹ Idem. Págs. 204-207.

¹⁰⁸² *"People who use wheelchairs need more resources than "normal" people if they are to become fully mobile, and some of the relevant resources will have to involve redesigning society, not just doling out money to individuals"*. NUSSBAUM, M.C. *"Frontiers of Justice"*. Ob. Cit. Pág. 284.

¹⁰⁸³ NUSSBAUM, M.C. *"Crear capacidades"*. Ob. Cit. Pág. 34.

¹⁰⁸⁴ Idem. Pág. 217.

que una persona autónoma es aquélla que desarrolla su propia vida, y puede optar por la propia autorrealización, o rechazarla¹⁰⁸⁵. Este concepto de autonomía se enmarca en el seno de su concepto de moral, formado por una serie de valores colectivos entre los que se encontraría ésta. Si bien efectúa un ataque del individualismo propio de algunas teorías liberales, entre las que destacaría el utilitarismo, por entender incompatible la idea de moral con el individualismo que subyace en esta teoría, y declarar incompatible la autonomía personal con la moral individual¹⁰⁸⁶, a los efectos que analizo, entiendo que no acomete, como he encontrado en otros autores analizados en el seno de la teoría de las capacidades como SEN o NUSSBAUM, el estudio de las dificultades que impiden a los individuos desarrollar aquéllas; quizás, el motivo se encuentra en su análisis, que mantiene como punto de partida, exclusivamente, su elaboración de la idea de moral y la libertad que subyace en la toma de decisiones del individuo. Por ello, a mi juicio, desde el punto de vista que analizo, su tesis resulta insuficiente, pese a las indudables aportaciones que he recogido a lo largo del presente estudio.

3.2. En relación con el concepto

El acercamiento a la realidad de los derechos fundamentales se efectúa a través de diversos elementos de estudio, todos interdependientes. Uno de ellos, el concepto. Por tal, tomaré la descripción de la realidad a la que responden estos derechos, el papel que desempeñan. Como indica DE ASÍS ROIG, consiste en la respuesta a la pregunta ¿qué son los derechos?; si bien en algunas ocasiones se hace referencia a un aspecto como es la funcionalidad de los mismos dentro del ordenamiento, respondiendo a la pregunta de ¿para qué sirven?¹⁰⁸⁷. La virtualidad que tiene esta apreciación en relación con la finalidad de mi estudio se centra en la constancia de la participación de los DESC, tal como desarrollo en los párrafos a continuación, desde el punto de vista del análisis conceptual, de los mismos procesos de desarrollo y evolución que los restantes derechos fundamentales. Circunstancia esta que apunala el eje del estudio que presento.

¹⁰⁸⁵ RAZ, J. *“The morality of freedom”*. Ob. Cit. Pág. 375.

¹⁰⁸⁶ Idem. Pág. 206.

¹⁰⁸⁷ ASÍS ROIG, R. DE. *“Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista”*. Ob. Cit. Págs. 5-6.

3.2.1. El proceso de generalización de los derechos fundamentales

La generalización es uno de los procesos de estudio de los derechos fundamentales. Originariamente, en el Siglo XVIII los derechos humanos se extendían no a todos los individuos, sino a los pertenecientes a una determinada clase social: la burguesía. Éste resulta ser el alcance que se deduce de los, entre otros, originarios textos declaratorios de derechos como la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia. No obstante, este proceso histórico en su significación actual implica un doble alcance: subjetivo, mediante la extensión de los derechos a todos los ciudadanos sin distinción; objetivo que se satisface mediante la ampliación de la panoplia de derechos que conforman el catálogo que les es reconocido. Derechos tales como la asociación o el sufragio activo, no gozan de su definitiva implantación hasta finales del siglo XIX y principios del siglo XX. Como afirma PECES-BARBA estamos con este proceso en la situación de comprender la potencia del tenor racional de los derechos y su capacidad de trascender a su creación y a las fuerzas sociales que la hicieron posible para convertirse en una herramienta ética, la moralidad de los derechos fundamentales, con vocación de eficacia social en la búsqueda de la libertad y de la igualdad¹⁰⁸⁸. Sobre la base de la dinámica que genera el mismo y la necesaria profundización democrática de la sociedad contemporánea que conlleva, se precisa la sustitución del concepto de “*ciudadano*”, con claras connotaciones políticas en relación con la atribución de un tipo determinado de derechos individuales vinculados al ejercicio de los derechos de participación política, por el de “*persona*”, como eje de atribución de un catálogo universal de derechos, donde ineludiblemente quedan comprendidos los DESC. Este aspecto resulta importante en la consideración de estos derechos como derechos fundamentales; a ello nos conduce la fundamentación de estos derechos, tal como he analizado en el apartado anterior.

En el seno de este movimiento, y desde una mentalidad de igualación efectiva en el ejercicio de los derechos, se debe situar la aparición de los DESC como indispensables para el goce generalizado de los derechos civiles y políticos¹⁰⁸⁹. En la medida en que estos nuevos derechos entroncan con la idea

¹⁰⁸⁸ PECES-BARBA, G. “*Curso de derechos fundamentales*”. Ob. Cit. Pág. 161.

¹⁰⁸⁹ Idem. Pág. 164.

de igualdad y solidaridad, disponen las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de aquéllos. Al final de este proceso, no cabe ya la diferencia entre derechos civiles y políticos frente a los DESC. El valor de la solidaridad se convierte en fundamento o la razón, y el Estado, a través de los servicios públicos el gestor de la satisfacción de las necesidades de cada persona¹⁰⁹⁰. Se trata, eso sí, según manifiesta PECES-BARBA¹⁰⁹¹ de una universalidad de los derechos como punto de llegada, en la que superada la fase inicial de generalización de los derechos políticos, como un mínimo esencial producto de la racionalización del sistema, se suprimen mediante acciones positivas de los Estados las barreras que dificultan el ejercicio de la libertad e igualdad.

Bajo este prisma, se supera asimismo la paradoja de que, incluso determinados derechos fundamentales sobre los que no hay discusión sobre su naturaleza *“fundamental”*, no resulten atribuibles a todos los individuos que viven en una comunidad. Estoy pensando en los derechos políticos, de los que, por ejemplo, quedan excluidos el colectivo de no nacionales residentes en un país. Esta circunstancia no impide que, sin embargo, sean catalogados como derechos fundamentales. Es un fenómeno que DE ASÍS ROIG¹⁰⁹² enmarca bajo las que denomina *“paradojas de la positivización”*. Citando a HAYEK, se puede decir que: *“Una ley puede ser perfectamente general refiriéndose solamente a las características formales de las personas afectadas e incluso hacer previsiones diferentes para las distintas clases de persona”*¹⁰⁹³. La adopción de derechos específicos en beneficio de determinados colectivos, dentro de los cuales resultasen beneficiados todos los sujetos integrantes del mismo no desvirtúa, por esta sola circunstancia, su naturaleza de derechos fundamentales, como he indicado anteriormente. Se matiza el carácter universal de estos derechos y no por eso pierden ese carácter, como indico en el apartado en el que analicé la concepción de los derechos fundamentales como universales y absolutos. Esta afirmación coincide con el literal de instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos del Hombre o el Pacto Internacional de

¹⁰⁹⁰ PECES-BARBA, G. *“Derechos sociales y positivismo jurídico”*. Ob. Cit. Pág. 50.

¹⁰⁹¹ PECES-BARBA, G. *“Curso de derechos fundamentales”*. Ob. Cit. Pág. 316.

¹⁰⁹² ASÍS ROIG, R. DE. *“Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder”*. Ob. Cit. Pág. 57

¹⁰⁹³ HAYEK, F. *“Los fundamentos de la libertad”*. Ob. Cit. Pág. 289.

Derechos Económicos, Sociales y Culturales en los que los DESC se enuncian con carácter universal.

La necesidad de defender los intereses de los grupos vulnerables resulta un principio que orienta los trabajos del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU; el mismo también figura en los Principios de Limburgo sobre la aplicación del PIDESC. Partiendo de este supuesto, se puede ver cómo, en relación con determinados DESC como por ejemplo la asistencia sanitaria, por la vía de la vigencia de los tratados internacionales en vigor, la diferenciación, en cuanto a la titularidad de derechos, resulta inexistente entre el colectivo de nacionales y no nacionales, no existiendo diferencia en el trato que brinda el sistema de salud público. Sobre la base de este argumento, en numerosas ocasiones, los DESC ofrecen un rango de universalidad aún mayor que muchos de los derechos de autonomía que las Constituciones reconocen. De esta forma, las fuentes jurídicas internacionales integran debidamente los fallos del sistema jurídico interno.

El proceso de generalización, no deja de suponer, pues, sino la incorporación de los DESC en la categoría de los derechos fundamentales, en cuanto derechos que, dotados de su propia racionalidad, como he indicado en los párrafos anteriores, deben alcanzar una validez jurídica universal.

3.2.2. El proceso de internacionalización de los derechos fundamentales

Este proceso de internacionalización ha pasado a ocupar un papel transcendental en la configuración del sistema de derechos fundamentales. Los avances que se han producido en el tratamiento de los derechos de las personas con discapacidad como insertos en una única categoría de derechos fundamentales han tenido su origen en los instrumentos internacionales, siendo incorporados con posterioridad al ordenamiento jurídico. Ello ha sido posible en el ordenamiento español, sobre la base de la cláusula de apertura al ordenamiento jurídico internacional establecida en el artículo 10.2 de la Constitución Española. En función de lo dispuesto por este precepto, las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre esta materia ratificados por España. Este artículo 10.2 ha sido interpretado por

MONEREO PÉREZ, refiriéndose al análisis de la protección de las personas con discapacidad en la Constitución Española, como: “...*el deseo del legislador constituyente de acogerse al estándar mínimo internacional que nos “normalizase” en la comunidad internacional en relación con la protección de estos colectivos...*”¹⁰⁹⁴. Entiendo, por lo tanto, que el argumento expresado proporciona un fundamento adicional para la tesis que mantengo: si analizados los textos internacionales no se encuentran diferencias de catalogación entre los derechos fundamentales y los DESC, en virtud de la aplicación del artículo 10.2 del texto constitucional, estos últimos derechos deberán ser considerados parte integrante de una única categoría como derechos fundamentales, junto con los derechos civiles y políticos.

Algún autor pone en duda la operatividad real de este precepto, no por meras razones formales sino materiales; al entender que “*normalmente los textos internacionales no aumentan la información que se posee sobre el derecho en cuestión, por lo que su utilización sirve en definitiva para enmascarar, o mejor justificar de forma ficticia, la posición conceptual y justificatoria que se mantiene*”¹⁰⁹⁵. No obstante todos los debates doctrinales que se puedan elaborar al respecto, se puede ver cómo cuando algún texto internacional sí incorpora ese plus de efectividad del que normalmente estos instrumentos carecen, habitualmente calificados de “*soft law*”, su operatividad deviene esencial; éste ha sido el caso de la reciente Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, a la que he aludido anteriormente. Hasta ese momento, el grupo de normas de “*soft law*” había estado representado por Tratados Internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, la Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961¹⁰⁹⁶ y el Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos

¹⁰⁹⁴ MONEREO PÉREZ, J.L. “Comentario a la Constitución Socio-económica de España”. Ob. Cit. Págs. 1758-59.

¹⁰⁹⁵ ASÍS ROIG, R. DE. “Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista”. Ob. Cit. Pág. 10.

¹⁰⁹⁶ Ya en este texto, se contiene en su artículo 14 “Derecho a los beneficios de los servicios sociales”, el compromiso de los Estados firmantes a: “1. A fomentar u organizar servicios que, utilizando los métodos de un servicio social, contribuyan al bienestar y al desarrollo de los individuos y de los grupos en la

y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, y Protocolos Adicionales, todos ellos ratificados por el Estado español y publicados en el Boletín Oficial del Estado; por ello, directamente aplicables por los Tribunales españoles, sobre la base del artículo 96.1 de la Constitución Española y 1.5 del Código Civil. No obstante su vigencia y antigüedad, este cuerpo normativo no ha facilitado de manera alguna que arraigue en la conciencia social la necesidad de respeto de estos derechos y un grado suficiente de poder coercitivo, dado que en sus textos establecían declaraciones de compromiso, sin alcance obligatorio. A ello, sin duda, ha contribuido el criterio asentado por el Tribunal Constitucional, según el cual *“los textos internacionales ratificados por España pueden desplegar ciertos efectos en relación con los derechos fundamentales, en cuanto pueden servir para configurar el sentido y alcance de los derechos recogidos en la Constitución, como hemos mantenido, en virtud del art. 10.2 CE, desde nuestra STC 38/1981, fundamentos jurídicos 3.º y 4.º”*¹⁰⁹⁷.

No obstante, este criterio resulta insuficiente para atender el propio contenido de ciertos instrumentos internacionales; es más, resulta contrario a la opinión de parte de la doctrina, para la que la afirmación de que los tratados internacionales no pueden crear derechos fundamentales protegidos por el recurso de amparo sólo es cierta en cuanto al nombre de los derechos, no en cuanto a su sustancia. No obstante, nuevamente, el papel que siguen las fuentes de Derecho internacional van por delante de las domésticas, en cuanto a la protección de los derechos fundamentales, siendo, no obstante, una de las mayores dificultades que presentan los órganos internacionales la de arbitrar los medios necesarios para que los particulares afectados, puedan formular sus reclamaciones. El problema frecuente que presentan los Acuerdos internacionales es el desinterés de los Estados firmantes por la suscripción del compromiso para la puesta en marcha de un órgano de control mediante el que conseguir la exigibilidad de los derechos contenidos en el texto.

comunidad, así como a su adaptación al medio o entorno social. 2. A estimular la participación de los individuos y de las organizaciones benéficas o de otra clase en la creación y mantenimiento de tales servicios”.

¹⁰⁹⁷ STC 254/1993. FJ 6º. También en este sentido las sentencias del mismo Tribunal 28/1991 (FJ 5º) y 64/1991 (FJ 4º).

Un papel destacado en la materia que analizo, a mi juicio, lo tiene el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; con el fin de reforzar su efectividad, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó en el 63 período de sesiones, el 10 de diciembre de 2008, la Resolución por la que, por unanimidad, se aprobó el Protocolo Facultativo del Pacto. Abierto el proceso de ratificaciones (el Reino de España lo efectuó el 23 de septiembre de 2010), en mayo de 2013 había sido firmado por 45 Estados, por lo que entró en vigor el 5 de mayo de 2013. El Protocolo supone un salto cualitativo en pos de su efectividad internacional. Como afirma QUEL LÓPEZ: “...*El Protocolo Facultativo va a suponer un valioso instrumento de garantía de aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales que está llamado a impedir la adopción de ilícitas medidas de bloqueo o incluso regresivas so pretexto de un contexto económico desfavorable*”¹⁰⁹⁸. Como órgano de vigilancia, se crea el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) mediante Resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) para desempeñar las funciones de supervisión asignadas a este Consejo en la parte IV del Pacto, recibiendo y analizando las comunicaciones en las que se denuncien las infracciones de los derechos objeto del Pacto. En cuanto órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por sus Estados Partes, dispone asimismo de fondos propios (artº 14.3 del Protocolo) que, en un principio, han sido dotados de efecto reparador de las infracciones cometidas por los Estados, si bien finalmente le ha sido atribuido una función asistencial. Evidentemente, resulta un buen ejemplo de un instrumento internacional al que se le ha dotado de medios específicos de intervención. Asimismo, a los efectos que estudio, recoge en el Preámbulo del Protocolo, como considerando, la siguiente declaración: “*Reafirmando la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales,...*”. La misma enlaza con la declaración contenida en el Preámbulo del Pacto, según la cual se pone de manifiesto: “*Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y*

¹⁰⁹⁸ QUEL LÓPEZ, F.J. “*Hacia la eficacia de los derechos económicos, sociales y culturales*”, en EMBID IRUJO, A. (director) “*Derechos económicos y sociales*”. Ob. Cit. Pág. 313.

efectivo de los derechos y libertades humanos,...". Estas dos declaraciones suponen, por lo tanto, una clara declaración en un texto internacional de inserción de los derechos contenidos en el Pacto en el sistema privilegiado de los derechos fundamentales. El Comité ha publicado sus Observaciones finales sobre los informes presentados por los distintos Estados respecto del cumplimiento del Pacto; respecto del presentado por el Estado español, en su 48º período de sesiones (30 de abril a 18 de mayo de 2012) ha afirmado contundentemente lo siguiente: "C. Principales motivos de preocupación y recomendaciones. 6. Al Comité le preocupa que, a excepción del derecho a la educación que está incluido dentro de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución, los derechos económicos, sociales y culturales solamente son considerados por el Estado parte como principios rectores de la política social y económica, de la legislación y de la práctica judicial. Al Comité también le preocupa que las disposiciones del Pacto hayan sido invocadas y aplicadas pocas veces ante los tribunales del Estado parte. El Comité insta al Estado parte a que, en virtud del principio de indivisibilidad, universalidad e interdependencia de los derechos humanos, adopte las medidas legislativas pertinentes para garantizar a los derechos económicos, sociales y culturales un nivel de protección análogo al que se aplica a los derechos civiles y políticos. Asimismo, el Comité recomienda al Estado parte que tome las medidas adecuadas para asegurar la plena justiciabilidad y aplicabilidad de todas las disposiciones del Pacto por los tribunales nacionales".

Con el convencimiento de la habitual falta de coercitividad de los instrumentos internacionales, recientemente se ha aprobado en el seno de las Naciones Unidas la, ya comentada, Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas («la Convención»), primer instrumento internacional jurídicamente vinculante en el ámbito de los derechos humanos del que son Partes la UE y sus Estados miembros, y que se aplica en toda la Unión, al haber sido ratificada por la Unión Europea en diciembre de 2010. La Convención exige a los Estados Partes que protejan y salvaguarden todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad. En todo el proceso ha tenido un papel muy destacable el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos quien había recibido el encargo de la Comisión de Derechos Humanos en su Resolución

2003/49 de que le informase en su 60º período de sesiones sobre los avances realizados en la aplicación de las recomendaciones que figuraban en el estudio sobre los derechos humanos y la discapacidad, y sobre el programa de trabajo de la Oficina del Alto Comisionado en relación con los derechos humanos de las personas con discapacidad. En respuesta elaboró el estudio titulado *“Derechos humanos y discapacidad: uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad”*, en cuyo capítulo 13 llegaba a la conclusión de que una nueva convención sobre los derechos humanos de las personas con discapacidad supondría un instrumento adicional para reforzar la promoción y protección de los derechos humanos de esas personas, apoyando la decisión del Comité Especial de crear un grupo de trabajo para preparar un proyecto al que el Alto Comisionado brindaba todo su apoyo. La Convención fue finalmente adoptada en virtud de Resolución aprobada por la Asamblea General de la ONU en su 76ª sesión plenaria de fecha 13 de diciembre de 2006, y ratificada por el Estado español, la Convención y su Protocolo adicional (BOE de fecha 21 y 22 de abril de 2008). Sin duda un paso adelante en el ámbito internacional se ha alcanzado con esta Convención, complementando los mandatos contenidos en la Resolución 1998/31 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU¹⁰⁹⁹. Que la situación anterior se demostraba insuficiente ya lo reconoce el propio texto en su Preámbulo k) en el que declara que: *“Observando con preocupación que, pese a estos diversos instrumentos y actividades, las personas con discapacidad siguen encontrando barreras para participar en igualdad de condiciones con las demás en la vida social y que se siguen vulnerando sus derechos humanos en todas las partes del mundo”*. Entiendo que aquí reside la aportación fundamental de este texto en el que la doctrina ha depositado una enorme esperanza, como instrumento útil para la defensa de las personas con discapacidad. Cita como eje de los derechos de las personas con discapacidad en su Preámbulo, los siguientes elementos: a) la dignidad, “c) *Reafirmando la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan*

¹⁰⁹⁹ Esta Resolución se titula *“Los derechos humanos y las personas con discapacidad”*.

plenamente y sin discriminación". *"h) Reconociendo también que la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano"*; conforme reitera también su artículo 1.

Desde el punto de vista de los mecanismos de protección, la Convención ha adoptado la constitución de un instrumento que ya figuraba en otros del Sistema Universal de protección de derechos humanos: la constitución de un Comité, denominado Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, cuya intervención ha quedado reforzada en el Protocolo facultativo, que ha sido ratificado por el Estado español, y que le asigna la función de *"considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de las disposiciones de la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas"* (art. 1). Este Comité ha sido constituido formalmente el día 4 de noviembre de 2008 en Nueva York (EE.UU). Este texto ha introducido importantes avances en el análisis de los derechos de las personas con discapacidad, obligando al legislador nacional no sólo a un cambio en la concepción de los derechos de este colectivo, sino también a la adaptación de la legislación a los principios y nuevas orientaciones contenidas en el texto.

Paralelamente, al haber surgido, a partir de la elaboración de la Convención, la unanimidad en la conciencia de que la discapacidad es una cuestión de derechos humanos, se abre también la defensa de los derechos de la persona con discapacidad mediante instrumentos internacionales de *"ius cogens"* superando así el, hasta ahora, denominado cuerpo de *"soft law"*, cuya fuerza vinculante resulta frecuentemente soslayada por los Estados firmantes de estos instrumentos.

Analizando internacionalmente el proceso de positivización de los DESC, se puede afirmar que los catálogos de derechos a acciones positivas del Estado se encuentran tanto en Constituciones de países industriales occidentales (cfr. Constitución de Italia del 27.12.1947), como en Constituciones de los extintos Estados socialistas (cfr. Constitución de la RDA de 06.04.1968) y en países del Tercer Mundo (cfr. Constitución de la India del 26.11.1949). Los más privilegiados instrumentos internacionales de positivización

de los derechos fundamentales recogen en una misma categoría los derechos civiles y políticos, junto con los DESC. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas recoge en los artículos 1 a 21 los que podría denominar derechos civiles y políticos, y desde el artículo 22 al 27, los económicos, sociales y culturales; agrupados en una misma categoría sin distinción, bajo los principios de libertad, justicia, paz, reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, esencialidad de que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, reconocimiento universal y efectivo de los derechos contenidos en la Declaración, e ideal común de todos los pueblos y naciones, recogidos todos ellos en el Preámbulo. Ejemplo de esta afirmación resulta el informe de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 2006, en el que, en relación con la “*extrema pobreza*”, afirma que resulta una lesión de los derechos humanos; la pobreza es una condición humana que se caracteriza por la privación continua o crónica de los recursos, la capacidad, las opciones, la seguridad y el poder necesarios para disfrutar de un nivel de vida adecuado y de otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales¹¹⁰⁰. Este caso resulta un ejemplo de la síntesis de un derecho social en el seno de una categoría unificada de derechos humanos en el contexto internacional. Tal como enfatiza ROSSETTI de este fenómeno resulta la denominada “*interdependencia e indivisibilidad*” de todos los derechos en el ámbito de las Naciones Unidas, sobre la base de la propia Declaración e innumerables resoluciones¹¹⁰¹.

La recepción de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea se produjo a raíz de la celebre sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto 4/73, de fecha 14 de mayo de 1974 (Sentencia caso Nold/Comisión). La misma dio lugar a una Declaración Común de las tres instituciones comunitarias implicadas, Comisión, Parlamento y Consejo, en función de la

¹¹⁰⁰ Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre la pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 2002, Suplemento N° 2 [E/2002/22-E/C.12/2001/17], anexo VII), párr. 8.

¹¹⁰¹ ROSSETTI, A. “*Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales*” en RIBOTTA, S y ROSSETTI, A. “*Los Derechos sociales en el Siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*”. Debates del Instituto Bartolomé de las Casas n° 13. Ed. Dykinson. 2010. Pág. 107.

cual se comprometían a respetar los derechos humanos en la aplicación del Derecho comunitario, representado éste no sólo por los Tratados y Derecho derivado, sino también los principios generales del Derecho y los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones de los Estados miembros; esta recepción figuraba, aparte de la indicada, en otras sentencias tales como las del asunto 11/70, de 17 de diciembre de 1970 (Internationale Handelsgesellschaft); asunto 44/79, de 13 de diciembre de 1979 (Hauer/Land Rheinland-Pfalz); asuntos acumulados 46/87 y 227/88, de 21 de septiembre de 1989 (Hoechst/Comisión). Sobre la base de este principio de acción el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido reconociendo en numerosas sentencias derechos sociales en cuanto derechos fundamentales; en este sentido, la reciente sentencia de 1 de marzo de 2011 en el asunto C-236/09 sobre igualdad de trato entre hombre y mujer en los contratos privados de seguro de vida (Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL); asunto C 13-05, sentencia de 11 de julio de 2006 (asunto Chacón Navas).

El artículo 2 del Tratado de la Unión Europea dispone que la Unión se fundamenta, *inter alia*, en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías, y que dichos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres. Las dos reuniones informales de Ministros encargados de las políticas en materia de discapacidad, celebradas bajo Presidencia alemana, el 11 de junio de 2007, y bajo Presidencia eslovena el 22 de mayo de 2008, en las que los Ministros se centraron en la plena aplicación de la Convención de la ONU y en su inclusión entre las prioridades del Plan de Acción en materia de Discapacidad, reconocieron la importancia de la cooperación entre los Estados miembros y la Unión Europea para reforzar el planteamiento de la discapacidad como un aspecto del respeto de los derechos humanos. Este planteamiento se ha visto completado mediante la adopción de una serie de medidas de refuerzo de la política de derechos humanos en el seno de la UE, como el establecimiento de una Agencia de Derechos Fundamentales (Reglamento (CE) nº 168/2007 del Consejo, de 15 de febrero de 2007, por el que se crea una Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), la creación

de una cartera independiente en la Comisión responsable de los derechos fundamentales (Comisaria de Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía), el apoyo a proyectos humanitarios en todo el mundo, y la transformación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, proclamada por primera vez en 2000, de texto sin valor jurídico («soft law») en Derecho primario, en aplicación del artículo 6 TUE, apartado 1, como ya he indicado anteriormente.

De conformidad con el artículo 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea («la Carta»), *«la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida»*. El artículo 26 establece: *“la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”*. Asimismo, el artículo 21 prohíbe toda discriminación por razón de discapacidad. No obstante, es preciso destacar el efecto limitado de la Carta en el ordenamiento, pues, según reiterada jurisprudencia del TJUE, las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales vinculan a los Estados miembros en todos los casos en que deben aplicar el Derecho de la Unión (véase el auto del Tribunal de Justicia de la UE en el asunto Asparuhov Estov y otros). Asimismo, el artículo 51, apartado 1, de la Carta establece que las disposiciones de ésta están dirigidas *“a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”*. Por lo demás, esta limitación no ha sido modificada por la entrada en vigor, el 1 de diciembre de 2009, del Tratado de Lisboa, a partir de la cual, en virtud del nuevo artículo 6 TUE, apartado 1, la Carta tiene el mismo valor jurídico que los Tratados, si bien, las disposiciones de ésta no extienden en modo alguno las competencias de la Unión tal como están definidas en los Tratados. Por otro lado, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) estipula que la Unión, en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, tratará de luchar contra toda discriminación por razón de discapacidad (artículo 10) y que podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivo de discapacidad (artículo 19).

El enlace de los DESC con otros derechos fundamentales ha sido un argumento utilizado habitualmente para extender la acción de determinados órganos internacionales a ámbitos no inicialmente previstos en sus textos

orgánicos, como esta categoría de derechos. Éste ha sido, por ejemplo, el proceder tanto en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (asunto Baena Ricardo, Huilca Tecse, entre otros), como la acción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Asunto Airey, de 9 de octubre de 1979; asunto López Ostra contra España, Öneriyildiz contra Turquía, entre otros) y su interpretación de la Convención Europea de Derechos Humanos. Ésta última, sin embargo, no puede ser valorada como una auténtica estrategia deliberada de los redactores de la Convención, que hubiesen otorgado al Tribunal, en relación con este ámbito de intervención, una posición funcionalista, como pudiera reflejar la propia jurisprudencia del Tribunal, sino que ha sido fruto de la labor de éste que, a través de sus pronunciamientos, ha ampliado el alcance inicial de la Convención; afirmando al respecto CARRILLO que: *“En la interpretación del Convenio, por consiguiente, el Tribunal apenas da relevancia a la intención inicial, real o presunta, de los Estados signatarios, y prefiere apoyarse preferentemente en el objeto y fin del Convenio o de alguna de sus disposiciones”*¹¹⁰². El Catedrático sevillano, partiendo del análisis de la labor desempeñada por el Tribunal, entiende que, sin embargo, la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales y la tendencia a hablar de generaciones de derechos humanos son peligrosas en la medida en que llevan a una relativización de los derechos civiles y políticos y son contrarias al carácter universal, indivisible e interdependiente de los derechos humanos¹¹⁰³; propugnando que el Tribunal, sin necesidad de mantener una conexión con las libertades y derechos plasmados en el Convenio, pase a defender directamente los derechos de los grupos vulnerables¹¹⁰⁴. Esta sería, en todo caso, una propuesta que relanzaría el papel del Tribunal en el contexto internacional, pese a que conllevaría un notable incremento de asuntos en su ya de por sí sobrecargada agenda.

El problema que plantean los instrumentos de Derecho Internacional estriba en que no disponen de un sistema de garantías efectivo, en la medida en que ello conlleva que los Estados estuvieran dispuestos a ceder su

¹¹⁰² CARRILLO SALCEDO, J.A. “Protección de los derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia la superación de la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales”. Revista de Instituciones Europeas. Vol 18. nº 2. 1991. Pág. 446.

¹¹⁰³ Idem. Pág. 433.

¹¹⁰⁴ Idem. Pág. 448.

soberanía en beneficio de los órganos dispuestos en los distintos instrumentos. Por ello, pese a disponer de una vía privilegiada, su eficacia ha quedado tristemente devaluada; de ahí que la propuesta del profesor Carrillo contribuiría ciertamente a una profundización en la eficacia internacional de estos derechos. En este mismo sentido, un ejemplo, a mi juicio, de una correcta recepción del Derecho internacional en el Derecho interno es la Ley de Derechos Humanos de 1998 de Gran Bretaña, que incorpora las disposiciones de la Convención Europea de Roma y reconoce la autoridad de la Corte Europea de Derechos Humanos para su garantía en el ámbito interno. La Resolución del Consejo de la Unión Europea y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, relativa a un nuevo marco europeo de la discapacidad (2010/C316/01) en su considerando 17 recoge que *“el acceso al empleo, a bienes y servicios, a la educación y a la vida social y pública, entre otras esferas, constituye un requisito previo para una plena integración de las personas con discapacidad en la sociedad”*. De la lectura de este principio de acción se deduce necesariamente, pues, que se relaciona el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad como consumidores, con su integración social; y, por ende, con los conceptos de libertad e igualdad.

En el sistema jurídico español, el valor de los Tratados Internacionales ha sido destacado por el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 1/2004 (Pleno), de 13 diciembre, en cuyo fundamento jurídico 7º, declara: *“Es doctrina reiterada de este Tribunal que los tratados y acuerdos internacionales a los que se remite el art. 10.2 de la Constitución «constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce», de suerte que habrán de tomarse en consideración «para corroborar el sentido y alcance del específico derecho fundamental que... ha reconocido nuestra Constitución» [STC 292/2000, de 30 de noviembre, F. 8, con referencia, precisamente, a la propia Carta de Niza; también STC 53/2002, de 27 de febrero, F.3 b)]. El valor interpretativo que, con este alcance, tendría la Carta en materia de derechos fundamentales no causaría en nuestro Ordenamiento mayores dificultades que las que ya origina en la actualidad el Convenio de Roma de 1950, sencillamente porque tanto nuestra propia doctrina constitucional (sobre la base del art. 10.2 CE) como el mismo artículo*

II-112 (como muestran las «explicaciones» que, como vía interpretativa se incorporan al Tratado a través del párrafo 7 del mismo artículo) operan con un juego de referencias al Convenio europeo que terminan por erigir a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo. Más aún cuando el art. I-9.2 determina en términos imperativos que «la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales»”.

Asimismo, el Tribunal en su sentencia núm. 24/1981 (Sala Primera), de 14 julio, de la que fue ponente don Manuel Díez de Velasco, en su Fundamento Jurídico 4º, declaró de manera temprana que: *“El artículo 10, número 2, de la Constitución establece que «las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las misma materias ratificadas por España».* Este precepto constitucional nos permite acudir a aquella doctrina establecida en el caso *König* para determinar si en el sometido ahora a esta jurisdicción constitucional concurren los supuestos que permitan calificar de lesiva constitucionalmente la actuación del órgano del Poder Judicial”. En el caso enjuiciado, la Sala entendió de aplicación a un proceso judicial con una dilación excesiva la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. El papel que ha de desarrollar el Tribunal Constitucional en este proceso resulta básico; de hecho, el alcance del reconocimiento por parte de los tribunales internos de los derechos consagrados en tratados y convenios internacionales depende con frecuencia más de una cuestión de voluntad jurisdiccional que de un imperativo inequívoco que pueda derivarse del propio texto constitucional; sólo así se explica que el Tribunal Constitucional español, al tiempo que ha otorgado amplia relevancia al Convenio Europeo y a la interpretación del Tribunal Europeo, haya prestado escasa atención al PIDESC o a las Observaciones Generales del Comité DESC de las Naciones Unidas que conciernen a los derechos sociales¹¹⁰⁵.

¹¹⁰⁵ PISARELLO, G. /OBSERVATORIO DESC. *“Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción”*. Ed. Icaria. 2003. Pág. 54.

Por todo ello, es posible que un órgano jurisdiccional resuelva de forma contraria a lo regulado en una norma interna, cuando su contenido es contrario a lo que regula un Tratado internacional o a la interpretación que realiza el órgano que lo supervisa. Y así lo han expresado las SSTC 292/2000, de 30 de noviembre o 136/2011, de 13 de septiembre, en las que se determina que *"(...) tanto los tratados y acuerdos internacionales, como el Derecho comunitario derivado pueden constituir "valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce"*, valor que se atribuye con fundamento en el art. 10.2 CE, a cuyo tenor, y según hemos destacado en otros pronunciamientos, *"las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE); interpretación que no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales"* (STC 116/2006, de 24 de abril o STC 198/2012, de 6 de noviembre). En el mismo sentido, los Autos TS, Contencioso-administrativo, de 6 de noviembre de 2007, rec. 4693/2003, y de 20 de octubre de 2005, rec. 7869/2002, entre otros, contienen una mención al juicio de convencionalidad.

El valor actual del Derecho Internacional reside, pues, en su carácter intersistémico, que permite la transmisión de principios y valores de un sistema a otro, lo que, indudablemente influye en el afianzamiento de los principios esbozados, en una inexorable universalización en el ordenamiento jurídico internacional. Respecto de este ámbito, como pone de manifiesto ALEX Y: *"Si se mira a la Carta Europea de Derechos Humanos, uno ve que la expansión se ha convertido en un proyecto europeo, al menos por lo que respecta a los derechos a la acción positiva del estado. El desarrollo en otros lugares del mundo es similar en muchos aspectos. En este sentido, el problema de la expansión de los derechos constitucionales tiene un carácter universal"*¹¹⁰⁶. Para MONEREO el proceso de internalización resulta la plasmación del proceso de especificación subjetiva de los *"derechos (sociales) fundamentales"*, declarando al respecto que: *"El avance progresivo, aunque no exento de múltiples y notabilísimas*

¹¹⁰⁶ ALEX Y, R. *"Derechos sociales y ponderación"*. Ob. Cit. Pág. 47.

contradicciones, de la tutela internacional, mundial y regional, de los derechos de la persona encuentra una de sus principales tendencias en la extensión del conjunto de colectivos que se hacen acreedores de un estatuto protector específico, en garantía de efectividad de las cláusulas de dignidad de la persona y remoción de obstáculos que permitan el “libre desarrollo de la personalidad”¹¹⁰⁷.

Este proceso de integración debería obtener el correspondiente reflejo en el ordenamiento jurídico interno, dado que, las cuestiones relacionadas con la aplicación interna de los propios instrumentos internacionales indicados deben considerarse teniendo en cuenta un principio del Derecho Internacional: el reflejado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, conforme al cual *“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”*. Incluso, si fuera necesario, mediante la pertinente reforma constitucional. No obstante, como planteo en el presente trabajo esta solución no resulta necesaria, dado que se dispone de herramientas adecuadas y suficientes para obtener el resultado pretendido.

El profesor ANSUÁTEGUI ROIG¹¹⁰⁸, destacando la insuficiencia de los actuales escenarios estatales, plantea que el discurso cosmopolita debe afectar también a los derechos sociales y no centrarse de manera exclusiva en los derechos individuales y, si acaso, en los derechos políticos. Una de las consecuencias más destacables de este proceso resulta la humanización del derecho internacional; pasando a ocupar un papel esencial en el mismo no ya la relación entre los Estados, sino el respeto a los individuos; proceso de humanización que, para PECES-BARBA, conlleva una erosión de la soberanía de los Estados¹¹⁰⁹. No obstante, esta cesión ya figuraba implícita en la propia firma de los instrumentos internacionales, por lo que no puede resultar un motivo que pueda ser acogido para justificar su rechazo. No obstante, pone de manifiesto que la insuficiencia del modelo Estado-nación se revela nítida para acometer el paso de un modelo de derechos humanos basado exclusivamente en los derechos-autonomía, por otro sustituido por el de derechos-prestación

¹¹⁰⁷ MONEREO PÉREZ, J.L. *“Comentario a la Constitución Socio-económica de España”*. Ob. Cit. Pág. 1759.

¹¹⁰⁸ ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. *“Argumentos para una teoría de los derechos sociales”*. Ob. Cit. Pág. 51.

¹¹⁰⁹ PECES-BARBA, G. *“Curso de derechos fundamentales”*. Ob. Cit. Pág. 176.

que, en la mayoría de los casos, sólo en un ámbito de colaboración internacional y de cesión de soberanía a instituciones internacionales, será posible su satisfacción.

3.2.3. La consideración de los DESC como un derecho fundamental de tercera-cuarta generación

En el presente apartado, se destaca cómo los DESC no dejan de formar parte del proceso evolutivo que sigue tanto la propia concepción de Estado, como el resto del sistema de derechos fundamentales. He de indicar como punto de partida en este epígrafe que la expresión “*cuarta generación*” no responde sino a un intento de catalogación de los derechos fundamentales con el fin de incidir en un contexto histórico, sin que la adscripción a una u otra categoría se deriven diferencias esenciales en cuanto al concepto o la fundamentación de los derechos. Así lo afirma PALOP, para quien: “...la visión generacional puede ser un modo de aproximación a los derechos que facilite su análisis y no obstaculice su comprensión como un todo, ni delimite rígidamente su contenido”¹¹¹⁰. Al respecto, tampoco hay unicidad en su tratamiento, dado que algunos autores, por ejemplo SEN, se refieren a los DESC como derechos de segunda generación o derechos del bienestar¹¹¹¹; en este mismo sentido, ARA califica los DESC como una categoría de derechos producto del Estado social de derecho, diferenciándolos de los derechos de tercera generación, que habrían surgido de la fase actual de crisis del Estado social, en cuya categoría incluiría los derechos difusos y derechos cotidianos¹¹¹²; reduccionismo que se traduce en que no se reconozca la condición de auténticos derechos¹¹¹³. NUSSBAUM sitúa, precisamente, su teoría de las capacidades, que he analizado anteriormente, entre los derechos de primera y segunda generación, atribuyéndoles a unos y a otros, no obstante, una misma función¹¹¹⁴. Como se ve, la atribución de una diferente nomenclatura no incide en el significado que se le concede de forma genérica a la categoría de los derechos sociales.

¹¹¹⁰ RODRÍGUEZ PALOP, M^a. “La nueva generación de Derechos Humanos. Origen y justificación”. Ob. Cit. Pág. 115.

¹¹¹¹ SEN, A. “La idea de la Justicia”. Ob. Cit. Pág. 412.

¹¹¹² ARA PINILLA, I. “Las transformaciones de los derechos humanos”. Ob. Cit. Pág. 158.

¹¹¹³ “los derechos cotidianos...han de ser vistos como instrumentos que permiten hacer efectivo el ejercicio de los derechos ya reconocidos, y a los que nada añaden”. RODRÍGUEZ PALOP, M. “La nueva generación de Derechos Humanos. Origen y justificación”. Ob. Cit. Pág. 35.

¹¹¹⁴ NUSSBAUM, M.C. “Frontiers of Justice”. Ob. Cit. Pág. 284.

Esta valoración se ve de forma contundente en el proceso de elaboración del concepto, como lo explica bien PÉREZ LUÑO, quien, refiriéndose al iniciador de esta categoría, Karel Vasak, manifiesta: *“Karel Vasak puso especial énfasis en postular unos derechos humanos de la tercera generación, que completaran a las libertades civiles y políticas de la primera, así como a los derechos económicos, sociales y culturales de la segunda.era necesario un tercer Pacto, dirigido a completar los dos anteriores y que se hiciera cargo de las exigencias de solidaridad implícitas en temas tales como la paz, la tutela del medio ambiente y calidad de vida, el desarrollo de los pueblos o la defensa del patrimonio común de la humanidad”*¹¹¹⁵. Según acabo de indicar y apunta PÉREZ LUÑO la teoría creada no responde, exclusivamente, a una mera catalogación de derechos, sino que da lugar a una auténtica correlación entre las formas de Estado y las categorías de derechos fundamentales: *“A las tres generaciones de Estados de derecho corresponden, por tanto, tres generaciones de derechos fundamentales. El Estado liberal, que representa la primera generación o fase del Estado de derecho, es el marco en el que se afirman los derechos fundamentales de primera generación, es decir, las libertades de signo individual. El Estado social, que encarna la segunda generación del Estado de derecho, será el ámbito jurídico-político en el que se postulan los derechos económicos, sociales y culturales. El Estado constitucional, en cuanto Estado de derecho de la tercera generación, delimitará el medio espacial y temporal de paulatino reconocimiento de los derechos de la tercera generación”*¹¹¹⁶. Son tres, a juicio de este autor, los signos diferenciadores de cada una de las generaciones que apunta: *“a) la respectiva prevalencia de los valores-guía de la libertad, igualdad y de la solidaridad en cada una de esas generaciones; b) el reforzamiento de los instrumentos de garantía y tutela efectiva de los derechos; c) la ampliación de las formas de titularidad”*¹¹¹⁷. Siendo en la segunda y tercera categoría donde aparecerán las formas de titularidad colectiva y las titularidades difusas y universales de los derechos, respectivamente¹¹¹⁸.

En este mismo sentido, el profesor Tomás y Valiente analiza el proceso de formación del Estado social, indicando que: *“La Beneficencia ya no es una*

¹¹¹⁵ PÉREZ LUÑO, A.E., *“La Tercera Generación de derechos humanos”*. Ob. Cit. Pág. 15.

¹¹¹⁶ Idem. Pág. 75.

¹¹¹⁷ Idem. Pág. 232.

¹¹¹⁸ Idem. Pág. 232.

*concepción generosa y graciosa, sino que los derechos de prestación han sido incorporados a todas las Constituciones de nuestro tiempo, como derechos de la tercera generación o derechos de prestación después de los derechos de libertad y los de participación....Pero ese Estado social no se agota en sus propias prestaciones...*¹¹¹⁹. Esta misma conexión se incrementa en la tesis que sustenta PECES-BARBA, para quien la catalogación de los DESC como derechos de tercera generación permite que participen del objetivo último del catálogo de derechos, sirviendo como elemento integrador de las sucesivas aportaciones que van desde los derechos individuales y civiles a los derechos económicos, sociales y culturales, pasando por los derechos políticos¹¹²⁰. Respecto de estas afirmaciones hay voces cualificadas que matizan esta diferenciación, indicando que la formación de los derechos no ocurre en tres etapas separadas, ni forman tres generaciones completamente distintas, sino que todos los derechos tienen un desarrollo simultáneo; de esta forma, las funciones sociales del Estado estarían presentes en los albores del primer constitucionalismo europeo y, si bien quedan fuera de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se incorporan a la Constitución francesa de 1791 y a la Declaración de 1793 de modo rotundo y explícito¹¹²¹. Como pone de manifiesto el profesor MUÑOZ: *“la consagración del Estado social servirá para sustituir la discrecionalidad por obligatoriedad, y la selectividad de las prestaciones por su generalización a todos los ciudadanos”*¹¹²².

Independiente de los matices que se puedan introducir, como he indicado, responden, pues, estas categorías a una exposición racional del proceso de evolución de los derechos fundamentales, en la medida en que se sitúa el análisis de estos derechos en un determinado contexto histórico. PECES BARBA enmarca la categoría de derechos fundamentales de cuarta generación, entre los que incluye los derechos al medio ambiente, el desarrollo y la paz, dentro del proceso de especificación y, en concreto, el desarrollo que trae consigo el mismo en relación con los contenidos de los derechos. Sitúa estos derechos en una

¹¹¹⁹ Notas previas de Francisco Tomás y Valiente en LORENZO, R. DE *“Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales”*. Ed. Escuela Libre Editorial-Marcial Pons. 1995. Pág. XXX.

¹¹²⁰ PECES-BARBA, G. *“Derechos sociales y positivismo jurídico”*. Ob. Cit. Pág. 59.

¹¹²¹ En este sentido, MUÑOZ MACHADO, S. *“Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General”*. Ed. Iustel. 2006. Vol. I. Pág. 1028.

¹¹²² Idem. Pág. 1028

cuarta categoría, a continuación de la generación liberal, democrática y la socialista¹¹²³. La clasificación trae consigo que se desplacen los ejes del sistema de valores como la libertad y la igualdad, o la síntesis de ambos en la libertad igualitaria, a la solidaridad y fraternidad que caracterizan el último proceso. Éste trae consigo un cambio en la configuración de los derechos fundamentales, extendiendo sus efectos no sólo a las presentes generaciones, sino incluso a las generaciones futuras, como los derechos sobre el medio ambiente. Asimismo, esta nueva clasificación trae consigo nuevas herramientas, como la legitimación para el ejercicio de determinadas acciones a entidades que representan intereses colectivos. Sólo a través del concepto de “*hombre situado*” se puede resolver la antinomia que surge en relación con esta categorización de los derechos, en la medida en que no son derechos humanos de personas concretas o ciudadanos y ciudadanas, sino de determinados colectivos en situación de necesidad. MARTÍNEZ DE PISÓN apunta que, no obstante ser los derechos sociales de titularidad individual, las primeras formulaciones de derechos sociales apuntaban a que eran derechos colectivos, en el sentido de ser atribuidos a colectividades, a grupos de personas y que un individuo puede disfrutar en la medida en que es miembro de esa colectividad o grupo y sólo en la medida en que así ocurra; acentuando el elemento social o comunitario de los derechos, que la beneficiaria última de la materialización de estos derechos es la comunidad y no el individuo, pues ésta se beneficia de la cohesión que se logra a través de las políticas sociales¹¹²⁴. A mi juicio, estas consideraciones no deben desvirtuar el análisis que realizo; bajo la catalogación apuntada, las titularidades las siguen ostentando los individuos, dado que se trata de derechos humanos, no obstante la concurrencia de necesidades específicas idénticas en determinados grupos sociales determina que se posibiliten determinadas mejoras en el régimen de disfrute de esos derechos. La colectividad no es la titular del derecho, sino que el titular es la persona que objetivamente pertenece a ella de acuerdo con ciertos elementos constatables que hacen previsibles ciertas carencias vitales¹¹²⁵.

El eje de estos derechos sigue siendo la dignidad humana, que se yergue como patrón de la acción, que busca la autonomía y libertad plena de los grupos

¹¹²³ PECES-BARBA, G. “*Curso de Derechos Fundamentales*”. Ob. Cit. Pág. 183.

¹¹²⁴ MARTÍNEZ DE PISÓN, J. *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*. Ob. Cit. Pág. 99.

¹¹²⁵ Idem. Pág. 99.

afectados, configurados no como hombres aislados y abstractos, sino como miembros de un grupo que comparte especiales necesidades. Resultaría la plasmación efectiva del derecho contenido en el artículo 9.2 de la Constitución Española. Por esta vía PECES-BARBA¹¹²⁶ incluso propone de forma programática, ya en 1978 y en un momento anterior a la promulgación del texto constitucional, su categorización como auténticos derechos de crédito ante el Estado y derechos subjetivos.

Pese a que pudieran ser válidas las críticas que se formulan a la compartimentación de los derechos humanos en generaciones, por ser contrarias al carácter universal, indivisible e interdependiente que se les atribuye¹¹²⁷, lo cierto es que, como he indicado, resulta un criterio muy útil para su estudio, pues destaca este análisis la simbiosis entre determinadas formas de Estado y el catálogo de derechos humanos, que llevan a ser positivizados distintos derechos en función de aquéllas. Por otro lado, la crítica que se formula sobre la pérdida de carácter universal no resulta correcta, como ha quedado expresado en un capítulo anterior; los derechos de tercera o cuarta generación supondrían como una síntesis de los derechos de autonomía en un contexto estructural del Estado distinto, pero atribuyendo a todos ellos la misma eficacia dentro del ordenamiento jurídico.

Igual resultado se puede dar a la crítica sobre el carácter colectivo que se atribuye a estos derechos; no por ello, dejan de ser derechos individuales, aunque su defensa pueda ser confiada a instituciones que representen esos mismos intereses colectivos, favoreciendo el posible ejercicio de acciones por la vía de la representación¹¹²⁸. Aquí radica, a mi juicio, el principal argumento de este método de análisis; se trata de una misma realidad jurídica, una única categoría de derechos humanos; derechos definidos, que se alejan de la definición de derechos difusos y cotidianos, a la que me he referido anteriormente. Desde un enfoque distinto, como es el de las “*capacidades*”, NUSSBAUM llega a la misma conclusión de que los derechos de primera

¹¹²⁶ PECES-BARBA, G. “*Notas sobre el concepto de derechos fundamentales*”, en “*Derechos, socialismo, constitución*”. Ob. Cit. Pág. 189.

¹¹²⁷ MORTE GÓMEZ, C y SALINAS ALCEGA, S. “*Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia del TEDH*”, en EMBID IRUJO, A. (director) “*Derechos económicos y sociales*”. Ob. Cit. Pág. 362.

¹¹²⁸ En este mismo sentido, RODRÍGUEZ PALOP, M^a. “*Claves para entender los nuevos derechos humanos*”. Ob. Cit. Pág. 117.

generación (políticos y civiles) son de igual naturaleza que los de segunda generación (económicos y sociales); el factor de enlace será, por lo tanto, la dignidad de la persona en la que la teoría de las capacidades entronca y, en la medida en que todos los derechos, pues, exigen la acción positiva de los gobiernos (gasto público incluido). Entiende que, hasta cierto punto, todos los derechos son económicos y sociales¹¹²⁹. La profesora de la Universidad de Chicago destaca que la distinción entre una generación y otra da a entender que los primeros no tienen precondiciones económicas y sociales, mientras que los de la segunda generación sí; al aplicar a ambas categorías de derechos el enfoque de las capacidades, esta distinción, pues, desaparece.

Son derechos que, como RODRÍGUEZ PALOP afirma: *“el discurso de los derechos de cuarta generación surge en el seno de una crisis política, fruto del desequilibrio que se produce entre la democracia y el capitalismo, entre el mercado y el intervencionismo, en el Estado social, pero no exigen el desmantelamiento de este modelo de Estado sino, más bien, su reformulación en términos democráticos”*¹¹³⁰. Salvada la distancia que genera que la profesora reserve para esta categoría de derechos distintos a los que son objeto de este estudio (derecho a la paz, medio ambiente, patrimonio común de la humanidad, autodeterminación de los pueblos, etc.) entiendo que, como he expuesto anteriormente, esta misma virtualidad se asigna respecto de los derechos de las personas con discapacidad. Nos encontramos, pues, en una cuarta fase de la evolución de los derechos fundamentales, que habrían pasado por las previas de positivización, generalización, internacionalización, hasta llegar a la de especificación; si bien, lo que hay detrás de este proceso es una determinada concepción del principio de igualdad¹¹³¹ o de *“libertad desde la igualdad, en el entendimiento de que no es posible el ejercicio de la libertad sin la eliminación, aunque sea parcialmente, de los obstáculos e impedimentos por razones económicas, sociales o culturales de las personas”*¹¹³². Estos derechos reflejan una evolución en la consideración ética del Estado que pasa a recoger la atención por ciertos grupos sociales que, hasta ese momento, se encontraban

¹¹²⁹ NUSSBAUM, M.C. *“Crear capacidades”*. Ob. Cit. Pág. 88.

¹¹³⁰ RODRÍGUEZ PALOP, M^a. *“Claves para entender los nuevos derechos humanos”*. Ob. Cit. Pág. 74.

¹¹³¹ DE ASÍS ROIG, RAFAEL. *“Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas”*. Ob. Cit. Pág. 60.

¹¹³² GARRIGA DOMÍNGUEZ, A. *“Derechos sociales. Una aproximación a su concepto y fundamento”*. VV.AA. *“Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba”*. Ob. Cit. Pág. 643.

desprotegidos. Resulta un fenómeno implícito en la naturaleza mutable del fundamento de los derechos fundamentales. Es un desarrollo que produce su efecto en aspectos sustantivos, como adjetivos.

La catalogación de los derechos de las personas con discapacidad como derechos de cuarta generación, según la catalogación efectuada por el profesor PECES-BARBA, reporta a estos grupos sociales nuevas herramientas para ejercer la defensa de los mismos. La acción pasa del ejercicio de meras acciones individuales, como ocurre en su configuración como derechos sociales, y permite su defensa mediante acciones colectivas por medio de las entidades que tienen en sus estatutos la defensa de los derechos colectivos de estos grupos. Tal como recojo en otro apartado de este trabajo un poco más adelante, sería ésta una de las propuestas que, a mi juicio, mejora notablemente el reconocimiento actual de estos derechos.

El método de estudio en generaciones aporta un mejor conocimiento sobre la realidad social que subyace en la evolución de estos derechos y la manera cómo se yerguen como herramientas útiles para la superación de las barreras que la vida social erige. No obstante, como apunto, no tiene un mero valor doctrinal, sino que facilita nuevos aportes en el difícil avance hacia la exigibilidad de estos derechos; lo que, en sí, tiene un significado esencial para la pervivencia de estos derechos, como voy a exponer en breve. La preeminencia del valor solidaridad otorga no sólo una reorientación del significado de los principios libertad e igualdad en lo social, sino la atribución de un carácter esencial al sistema de los DESC.

3.2.4. La precisión terminológica: la imposible segregación de los derechos humanos de sus sistemas de protección

El establecimiento de un sistema de protección o garantía constitucional de los derechos fundamentales es básico, en la medida en que, como declara el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789: *“Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución”*. Apunta FERRAJOLI que la elaboración de las garantías, de los mecanismos institucionales dirigidos a asegurar la máxima correspondencia entre normatividad y efectividad en la tutela o en la satisfacción de los

derechos, resulta la tarea más importante y difícil, tanto de una teoría como de una política garantista del derecho; consiste en la tutela de los derechos fundamentales, los cuales representan los valores, bienes, intereses ...que fundan y justifican la existencia...del derecho y del estado, cuyo disfrute por parte de todos constituye la base sustancial de la democracia ¹¹³³.

Como he comentado en los apartados anteriores, las distintas categorías de derechos gozan de un mismo fundamento, no obstante, frente a otros criterios de clasificación de los derechos fundamentales como el contenido (derechos de autonomía-derechos de prestación), o en función de los destinatarios (derechos que tienen como destinatarios a los poderes públicos, a un determinado poder público, o a las personas privadas, etc.), el legislador constitucional español optó por un sistema de clasificación basado en el criterio exclusivo del sistema de protección. Este es el sistema que refleja el artículo 53 del texto constitucional, que atribuye a determinados derechos una protección privilegiada, los derechos fundamentales, distinta de todos los demás; en función de la cual los derechos y libertades que el texto reconoce en el Capítulo segundo del Título primero vinculan a todos los poderes públicos, y sólo pueden ser desarrollados mediante Ley, cuya impugnación el texto reserva al recurso de inconstitucionalidad previsto en el artículo 161.1.a), y la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Paralelamente, los derechos que enumera el apartado 2 del indicado artículo 53, es decir, el artículo 14 y los contenidos en la Sección primera del Capítulo segundo, pueden obtener su defensa ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Ha sido, pues, el análisis sobre los sistemas de protección el que ha permitido a la doctrina distinguir tradicionalmente entre derechos fundamentales y DESC, de tal forma que, como una categoría con un valor disminuido, los derechos contenidos en el Capítulo III no gozarían de la protección indicada; lo que, indudablemente, habría penalizado la efectividad de estos derechos. Un autor tan concienciado sobre los derechos de las personas con discapacidad como DE LORENZO entiende que la redacción del

¹¹³³ FERRAJOLI, L. *“Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”*. Ob. Cit. Pág. 28.

artículo 53.3 de la CE resulte coherente con que no estemos en presencia de derechos fundamentales subjetivos reconocidos por la Constitución y, por tanto, protegibles directamente ante los Tribunales¹¹³⁴, de tal manera que el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen; se trata de mandatos al legislador permanentes y, por lo tanto, carentes de fecha de vencimiento¹¹³⁵. Estas palabras las recojo en este momento, como ejemplo de la posición de un espectador cualificado sobre los problemas de exigibilidad de los DESC; no obstante, desarrollo en un apartado posterior el análisis correcto que, a mi juicio, debe ser efectuado a la sistemática de estos derechos, a cuyas conclusiones me remito. Resulta evidente que, a pesar de lo manifestado por el profesor DE LORENZO, el sistema de protección, por todo lo que he analizado hasta ahora, no puede resultar un criterio determinante para la cualificación de un derecho como fundamental. La propia redacción del artículo 53 enuncia una declaración que, de partida, ya resulta errónea: el carácter absoluto de los derechos fundamentales, como he ido exponiendo hasta ahora, vincula a poderes públicos y operadores privados. En caso contrario, como he expuesto, la subsistencia del propio sistema democrático justo quedaría en entredicho.

Este procedimiento de catalogación ha sido criticado por autores como LAPORTA, para quien la confusión entre derechos y sus técnicas de protección, ha llevado a entender que sólo existen derechos en el marco de un sistema jurídico¹¹³⁶; por lo que se ha sacralizado el sistema de protección de los derechos, como único elemento diferenciador de esta institución. En la práctica, se ve que esta situación no es real, ya que los derechos representan valores preeminentes en la sociedad, la propia existencia de las reglas morales en las que se cimenta la vida en comunidad. Por esta vía, se permite entender que el elemento diferenciador de un derecho es, precisamente, no el factor coercitivo, sino la plasmación en el otro de un deber de respeto. A ello se

¹¹³⁴ DE LORENZO GARCÍA, R. “*Las personas con discapacidad en la Constitución Española*” en DE LORENZO, R. y PÉREZ BUENO, L.C. (directores). “*Tratado sobre discapacidad*”. Ob. Cit. Pág. 516.

¹¹³⁵ Idem. Pág. 516.

¹¹³⁶ LAPORTA, F. “*Sobre el concepto de derechos humanos*”. Ob. Cit. Pág. 28.

puede llegar tanto a través de medios de coerción jurídica, como de otro tipo; morales, por ejemplo, a través de los cuáles se genere un sentimiento colectivo de esa misma necesidad de respeto. La fuerza de la racionalidad de estos derechos es la conciencia social manifestada en el texto constitucional de la necesidad de preservar, de forma especial, los intereses vitales de este grupo social de personas con discapacidad, en el caso que es objeto de este estudio.

No obstante, considero que la doctrina mayoritaria entre los autores es la que identifica los derechos fundamentales como derechos eficaces en lo jurídico, cuya eficacia se plasma frente al Estado, grupos sociales, e incluso otros ciudadanos. DWORKIN, identificando las categorías de derechos fundamentales con el término de “*derechos morales*”, ha afirmado: “*Nuestro sistema constitucional descansa sobre una determinada teoría moral, a saber, que los hombres tienen derechos morales en contra del Estado*”¹¹³⁷. DE ASÍS ROIG, partiendo del análisis de la cita de este autor, concluye diciendo que sólo cabría hablar realmente de derechos fundamentales cuando estos fuesen realizables y, por tanto eficaces, incluso en contraposición con decisiones de la mayoría o del poder¹¹³⁸. Aplicado este principio al conjunto de normas de los subsistemas que estoy estudiando, se podría llegar a la conclusión de que los derechos de las personas con discapacidad, por ejemplo, no han existido sino hasta un momento reciente en el que se ha aprobado el desarrollo de un régimen sancionador derivado de la LIONDAU¹¹³⁹, operado en virtud de la Ley 49/2007, de 26 diciembre, que establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE 27 diciembre 2007, núm. 310); referencia que en este momento ha de efectuarse al TRDPCDYS, en la medida en que los preceptos indicados han sido derogados en virtud de la Disposición Derogatoria Única del nuevo Texto Refundido.

En realidad, el reconocimiento de derechos a las personas con discapacidad se ha hecho efectivo en un momento anterior a la fecha indicada,

¹¹³⁷ DWORKIN, R. “*Los derechos en serio*”. Ob. Cit. Pág. 230

¹¹³⁸ ASÍS ROIG, R. DE. “*Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*”. Ob. Cit. Pág. 57

¹¹³⁹ Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE 3 diciembre 2003, núm. 289).

como lo demuestra la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹¹⁴⁰, por lo que se puede afirmar que la simbiosis derecho subjetivo, en cuanto sinónimo de derecho eficaz o exigible, utilizando para ello una de las acepciones de este concepto, y derecho fundamental resulta una falacia. Ello es así en la medida en que la promulgación de, por ejemplo, la Ley sancionadora indicada, ha sido muestra de una decisión política, en virtud de la cual el legislador ha decidido imponer unas determinadas consecuencias a la reiterada infracción de los derechos de este grupo social; pero, no obstante, ello no es óbice para el reconocimiento de la existencia de estos derechos con categoría de rango fundamental en un momento anterior, que puede ser situado en la promulgación de la propia Constitución Española. La existencia del valor constitucional de protección de las personas con discapacidad como colectivo necesitado en la vida jurídica española no dependía de la promulgación de una ley sancionadora; aunque, evidentemente, la promulgación de la Ley ha facilitado instrumentos, en principio eficaces, para la exacción del respeto de este catálogo de derechos, la propia sociedad ya figuraba impregnada de la conciencia de la exigibilidad de los derechos de estos colectivos necesitados. Esta orientación subyace en el siguiente comentario de LAPORTA, para quien: *“...los derechos son algo que está antes que las acciones, pretensiones o exigencias, antes que los poderes normativos, antes que las libertades normativas, antes que las inmunidades de status”*¹¹⁴¹. Como destaca la profesora AÑÓN, el privilegiado recurso de amparo es una institución diseñada para tratar las violaciones de derechos fundamentales, que tienen su origen en disposiciones, actos jurídicos o prácticas de los poderes públicos, por lo que cuando la lesión de un derecho proviene de la conducta de un particular, el derecho quedaría desprovisto del amparo, por lo que se acude a una vía indirecta, al considerar que es el poder judicial el que a través de una sentencia, si no repara el daño, da lugar al presupuesto legalmente exigido

¹¹⁴⁰ Sentencia núm. 269/1994, de 3 octubre. Recurso de Amparo núm. 3170/1993. Sala Primera. Ponente: D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. En la fundamentación de esta sentencia se encuentra la justificación constitucional del conjunto de medidas de discriminación positiva, en beneficio de las personas con discapacidad, que facilitan su incorporación al sector público; como fórmula de acceso a una actividad remunerada y, por lo tanto, como medio de integración social y rehabilitación personal.

¹¹⁴¹ LAPORTA, F. *“Sobre el concepto de derechos humanos”*. Ob. Cit. Pág. 27.

para la interposición del recurso de amparo¹¹⁴². Este sistema de protección resultaría común al de los DESC, en la medida en que éstos conectan con el principio de igualdad del artículo 14, como he indicado anteriormente. En este aspecto, pues, no hay diferencia ninguna entre una categoría u otra de derechos.

Otro argumento a favor de esta conclusión es el sistemático; existen derechos sociales con una variedad de sistemas de protección establecidos por el legislador. Como apunto en un desarrollo posterior, existen derechos sociales con la protección especial del artículo 53.2 CE, como el derecho a la educación (artículo 27.4), el derecho a la sindicación (artículo 28.1), o el derecho a la huelga (art. 28.2). Otros gozan de la protección ordinaria del artículo 53.1 CE, como el derecho y deber de trabajar (artículo 35 CE), el derecho a la negociación colectiva (artículo 37.1) o el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo (artículo 37.2). Finalmente, una última categoría de derechos sociales, se beneficiarían de la protección atenuada del artículo 53.3, entre los que se encuentran los derechos del Capítulo III. Si esto es así, el diferente sistema de protección no resulta inherente a la categorización de un derecho, dado que un mismo tipo goza de distinta protección. Por otro lado, como analizo más adelante en este capítulo, el factor de conexión de determinados derechos del Capítulo III con los principios y derechos del Capítulo segundo, elevan la esencialidad de estos derechos, lo que se traduce en una modificación en su categorización jurídica. Pienso en el derecho a la vivienda digna del artículo 47, cuando las circunstancias familiares o sociales comprometen la libertad de la persona en el caso de que ese derecho se vea lesionado; o el derecho a la negociación colectiva cuando se compromete el derecho a la libre sindicación (SSTC 187/1987, de 24 de noviembre, fundamento jurídico 4º; 108/1989 de 8 de junio, fundamento jurídico 2º; entre otras).

Lo que ha ocurrido es que se han generalizado los elementos adjetivos de un sub-grupo de derechos sociales y se ha extrapolado a toda la categoría con el único fin de desprestigiarlos, convirtiéndolos en un conjunto de derechos

¹¹⁴² AÑÓN, M.J. “Derechos sociales: inconsistencia de una visión compartimentada” en VV.AA. “Teoría de la Justicia y Derechos fundamentales”. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba. Ob. Cit. Pág. 35.

volubles al vaivén político. Se ponen cortapisas a su desarrollo cuando interesa, no por razones jurídicas sino economicistas.

Se ve, pues, que el análisis sobre la consideración de los derechos como derechos eficaces no puede reducirse al cuadro de garantías que el ordenamiento le otorga, sino el rango que ocupa en el esquema de valores sociales; la vigencia que tiene en el pensamiento social como valor digno de protección. Es la idea de valor a la que he hecho referencia en el apartado 1.2 anterior. Como manifiesta el administrativista MUÑOZ MACHADO: *“La fragilidad de la distinción entre dos clases de derechos, considerando solamente la diferente actitud que deben tener frente a los mismos los poderes públicos indica, sin embargo, pocas cosas respecto de la posibilidad de exigir ante los tribunales el cumplimiento de las obligaciones de las que dependen el ejercicio de un derecho”*¹¹⁴³. A juicio de este autor, la diferencia estriba no en la naturaleza jurídica de una u otra categoría de derechos, sino el modo como están formulados los DESC¹¹⁴⁴. La deficiente protección de estos derechos se debería, por lo tanto, a una deficiente redacción de las leyes que lo amparan, más que a un defecto de fundamentación; siendo aquélla perfectamente subsanable, por lo tanto. Este proceso ha sido valorado por el profesor CASCAJO concluyendo lo siguiente: *“El propio carácter complejo de los derechos sociales pone en evidencia una concepción de lo normativo demasiado vinculada al plano forense, que puede llevar a un tipo de razonamiento circular y estéril en virtud del cual los derechos sociales no serían auténticos derechos porque no son justiciables y no serían justiciables porque no son derechos. De modo que hay que partir de una noción de normatividad constitucional con mayor grado de complejidad, que permita alcanzar la máxima eficacia constitucional a los derechos sociales”*¹¹⁴⁵. Difícil seguridad jurídica genera un sistema si, como indico en el comentario anterior, todo se confía a la carta del poder judicial; aunque en la práctica es así, esta vía de recepción dificultaría enormemente el reconocimiento de los derechos de estas personas en riesgo de exclusión. Se precisa, por lo tanto, un avance en todos los frentes, ya sea en el plano dogmático, como práctico.

¹¹⁴³ MUÑOZ MACHADO, S. *“Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General”*. Ob. Cit. Pág. 1042.

¹¹⁴⁴ Idem. Pág. 1042.

¹¹⁴⁵ CASCAJO CASTRO, J.L. *“Derechos sociales”*. Ob. Cit. Pág. 17.

A mayor abundamiento, en apoyo de la tesis que mantengo, la divergencia entre el reconocimiento jurídico y su estatuto de garantías resulta un elemento habitual en todos los derechos de contenido social, dada la dimensión eminentemente prestacional que tienen; por lo que la remisión a la acción legislativa resulta inexcusable y determinante en todos los casos, como sucede respecto a derechos como la educación, la salud o la seguridad social¹¹⁴⁶. Algunos de los cuales no se duda, hoy en día, de su carácter de derecho fundamental, por su ubicación sistemática. Es por ello que este autor, por ejemplo, no deja de otorgar rango normativo, y por lo tanto fuente de derechos exigibles, al artículo 49 de la CE, referido a los derechos de las personas con discapacidad, atribuyéndole, por lo tanto, carácter vinculante para todos los poderes públicos.

La fundada opinión del Magistrado RUBIO LLORENTE recogida en el voto particular formulado en la sentencia del Tribunal Constitucional nº. 26/1987 de 27 febrero, analizando el rango otorgado en la Constitución al derecho de autonomía universitaria, contiene la declaración siguiente: *“1. No comparto en modo alguno la restringida concepción de los derechos fundamentales que se recoge en el fundamento 4.º apartado a), y que reduce el conjunto de tales derechos al de aquellos que están protegidos por el recurso de amparo. Esta concepción, que se aparta del uso habitual en la doctrina, obligaría a negar la existencia de derechos fundamentales en todos aquellos sistemas jurídico-constitucionales (la mayoría de los existentes en Europa occidental, por ejemplo) en los que no existe esa vía procesal y es, a mi juicio, absolutamente incompatible con nuestra propia Constitución que también sustrae a la libre disponibilidad del legislador (art. 53.1) los derechos comprendidos en la Sección 2.ª del capítulo segundo que son también, por eso mismo, derechos fundamentales y entre los cuales se encuentran derechos de libertad tan decisivos como el de contraer matrimonio (art. 32) o el de elegir profesión u oficio (art. 35) o garantías de instituto tan importantes para los individuos y para la estructura de nuestra sociedad como son la de la propiedad privada (art. 33), o la negociación colectiva laboral (art. 37). 2....Como es obvio, las instituciones jurídicas no cambian necesariamente de naturaleza en función*

¹¹⁴⁶ MONEREO PÉREZ, J.L. “Comentario a la Constitución Socio-económica de España”. Ob. Cit. Pág. 1762.

de cuál sea su protección procesal y una garantía institucional no deja de serlo por el hecho de estar protegida por el recurso de amparo”.

Se puede concluir, pues, que la atribución de un sistema de protección con medidas excepcionales no resulta un elemento definidor de los derechos que podríamos catalogar habitualmente como fundamentales, conforme al criterio mantenido por el legislador constitucional español. Tampoco, como analizo en el sub-apartado que acometo a continuación, su ubicación sistemática en el texto constitucional.

3.2.5. La lectura sistemática del título I de la Constitución Española

El profesor Pisarello, mantiene la tesis de una única categoría de derechos, declarando: *“Lo que convierte en fundamental un derecho en términos valorativos y teóricos es su estructura igualitaria, esto es, el hecho de proteger intereses o necesidades tendencialmente generalizables o inclusivos, y por ello, indisponibles e inalienables. Eso sería, precisamente, lo que distinguiría un derecho fundamental de un privilegio, cuya estructura es, por definición, tendencialmente selectiva, excluyente e alienable”*¹¹⁴⁷. Este autor, partiendo del vínculo con la dignidad del individuo, que actuaría como un eje que aglutina a todos los derechos, ya sea los denominados fundamentales desde un punto de vista dogmático, o los derechos sociales, aplicado sobre el principio de interdependencia e indivisibilidad entre todas las categorías de derechos, postula una única categoría de derechos fundamentales, por el solo motivo de su incorporación al texto constitucional.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 76/1983, de 5 de agosto, en el recurso previo de inconstitucionalidad de la LOAPA, aborda la cuestión de la diferencia entre poder constituyente y poderes constituidos, poniendo de manifiesto que: *“La distinción entre poder constituyente y poderes constituidos no opera tan sólo en el momento de establecerse la Constitución; la voluntad y racionalidad del poder constituyente objetivadas en la Constitución no sólo fundan en su origen, sino que fundamentan permanentemente el orden jurídico y estatal y suponen un límite a la potestad del legislador. Al Tribunal Constitucional corresponde, en su función de intérprete supremo de la*

¹¹⁴⁷ PISARELLO, G. *“Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción”*. Ob. Cit. Pág. 37. Esta caracterización es una reconstrucción de la de L. Ferrajoli *“Los derechos fundamentales”*. Ob. Cit. Págs. 19 ss.

Constitución (art. 1 de la LOTC), custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos, los cuales nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidas por aquél". No obstante, el propio Tribunal Constitucional se debe atener al principio de legalidad lo que le obliga a emitir pronunciamientos mediante los que se maximice el respeto de los derechos de grupos humanos, como las personas con discapacidad, que se encuentran en una clara situación lesiva de sus derechos.

Inexorablemente, he de partir del análisis del sistema político que recoge la Constitución Española, como luz que ilumina la interpretación que he de dar al catálogo de derechos fundamentales que el Título I recoge, siguiendo para ello la idea que mantiene PECES-BARBA de: *"Todo análisis de un sistema jurídico debe ir acompañado del análisis del sistema político que le sirve de fundamento"*¹¹⁴⁸. El sistema político otorgado por los legisladores constituyentes resulta ser el Estado social recogido en el artículo 1.1 del texto constitucional, con unos valores superiores del ordenamiento jurídico como son, entre otros: la libertad, la justicia, la igualdad; como tal valores constituyen el fundamento de los derechos recogidos en el texto. Este precepto me va a servir de guía en las conclusiones que voy a formular sobre la forma en que esos valores han sido reflejados a lo largo de aquél.

Parto, tal como efectúa PRIETO SANCHÍS, de una lectura crítica de la sistemática del Título primero de la Constitución Española, según la cual el problema no reside en una utilización algo caprichosa de los vocablos, sino en la heterogeneidad de los propios derechos acogidos en el mencionado título primero, que hace muy difícil, por no decir imposible, delimitar algún elemento común a todos ellos y que, a su vez, no se halle presente en otros derechos considerados no fundamentales¹¹⁴⁹. Heterogeneidad que algún autor califica de *"confusión"* y *"diversidad desordenada"*¹¹⁵⁰, sistematización deprimente¹¹⁵¹.

El propio legislador constitucional ha previsto determinados derechos sociales en la sección 1ª del capítulo II del Título I, no existiendo ninguna duda

1148 PECES-BARBA, Gregorio. *"Notas sobre el concepto de derechos fundamentales"* en *"Libertad, poder, socialismo"*. Ob. Cit. Pág. 207.

¹¹⁴⁹ PRIETO SANCHÍS, L. *"Estudios sobre derechos fundamentales"*. Ob. Cit. Pág. 78.

¹¹⁵⁰ ANSUATEGUI ROIG, F. J. *"Ordenamiento jurídico y derechos humanos"* en TAMAYO, J. J., (dir.), *10 palabras clave sobre derechos humanos*, Editorial Verbo Divino, Estella, 2005. Pág. 325.

¹¹⁵¹ PÉREZ LUÑO, A.E., *"La Tercera Generación de derechos humanos"*. Ob. Cit. Pág. 194.

sobre el carácter fundamental de, por ejemplo, el derecho a la educación, como he afirmado anteriormente, pese a su condición de derecho social. Este ejemplo permite interpretar, en un principio, que la diferencia no estriba en el contenido de los derechos en sí, sino en la manifestación de la voluntad legislativa de ubicar determinados derechos en una sección o capítulo concretos. Esta función del legislador fue analizada en la citada STC 76/1983, de 5 de agosto; al respecto, el Tribunal en el FJ2º refiere lo siguiente: *“Esta equiparación entre las materias que pueden ser objeto de recurso de amparo y las que han de ser reguladas por Ley Orgánica no resulta constitucionalmente defendible. En primer lugar el artículo 53 de la Constitución establece que cualquier ciudadano podrá recabar, a través del recurso de amparo, la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y en la sección primera del capítulo II, mientras que el artículo 81.1, al definir las materias propias de Ley Orgánica, se refiere al «desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas», que es precisamente la rúbrica utilizada para designar el conjunto de los artículos comprendidos en la sección primera del capítulo II. Es preciso señalar que la actual expresión contenida en el artículo 81.1 es el resultado de la transformación experimentada por el texto constitucional a lo largo del debate parlamentario, desde su redacción inicial -«desarrollo de los títulos I y II de la Constitución»- hasta la final aprobada en la Comisión Mixta Congreso-Senado, y que pone de manifiesto la preocupación del legislador constituyente por precisar qué materias dentro del título I habrían de quedar sujetas a reserva de Ley Orgánica. Existe, pues, una exclusión expresa del artículo 14 en el artículo 81.1 de la Constitución. Tal exclusión, por otra parte, está justificada porque la igualdad reconocida en el artículo 14 no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas. De aquí que pueda ser objeto de amparo en la medida en que se cuestione si tal derecho ha sido vulnerado en una concreta relación jurídica y, en cambio, no pueda ser objeto de una regulación o desarrollo normativo con carácter general”*.

¿Supone con ello que no ha sido voluntad de legislador garantizar a los DESC el mismo sistema de protección que a los demás derechos fundamentales? Voy a destacar que, en realidad no es así. Siguiendo a PÉREZ

LUÑO¹¹⁵², cuando el artículo 81.1 proclama: “*son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueban los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución*” se está refiriendo a todos los derechos y libertades fundamentales recogidos en el Título I. Para llegar a esta conclusión, este autor lleva a cabo tres actuaciones: la primera, un análisis lógico-sistemático del precepto realizado de forma conjunta con el artículo 86.1, del que extrae la conclusión de que la referencia que en el artículo 81.1 de la Constitución española se efectúa respecto de las materias reguladas por ley orgánica no quedan comprendidas exclusivamente los derechos fundamentales y las libertades públicas contenidas en la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título I, sino todos los derechos y libertades fundamentales del Título I, ya que “*ubi lex non distinguit ...*”. En segundo lugar, realiza una interpretación literal del Título I, que reza bajo la denominación “*derechos y deberes fundamentales*”, del que forman parte no sólo el capítulo II “*derechos y libertades*”, sino también el capítulo III “*de los principios rectores de la política social y económica*”. En tercer lugar, haciendo uso de esa misma interpretación literal, analiza el título del Capítulo 4º de dicho Título I relativo a “*...las garantías de las libertades y derechos fundamentales*”, entre cuyo articulado se encuentra el artículo 53, y en cuyo apartado 3 el texto constitucional regula las condiciones de positivización del indicado Capítulo III. Otros artículos del texto constitucional que complementan este razonamiento son el artículo 9.1, que proclama el principio de legalidad en cuya virtud se someten los poderes públicos a la Constitución; el artículo 24.1, que proclama el derecho a la tutela judicial efectiva respecto de todos los derechos e intereses legítimos de las personas; el artículo 54, sobre la actuación del Defensor del Pueblo que se extiende a todos los derechos comprendidos en el Título I; el artículo 161, que atribuye al Tribunal Constitucional la competencia para conocer de la declaración de constitucionalidad de una disposición con rango de ley que contradiga la Constitución; el artículo 163, que atribuye a la jurisdicción la competencia para formular cuestiones de inconstitucionalidad, cuando una norma con rango de ley pueda resultar contraria a la Constitución. Sobre la base de este análisis, la

¹¹⁵² PÉREZ LUÑO, A.E, “*Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*”. Ob. Cit. Pág. 70.

profesora BENGOCHEA concluye el carácter normativo y la plena vinculación que generan los derechos reconocidos en el Capítulo III, del Título I¹¹⁵³.

Otro argumento favorable a la tesis que mantengo se refiere a la ubicación sistemática del artículo 10.2; cuando el texto constitucional declara: *“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*, lo hace desde la ubicación privilegiada que abarca el epígrafe de todo el Título I *“De los derechos y deberes fundamentales”*, antes incluso de que se desarrolle el capítulo I, donde se ubican los tradicionales derechos y libertades fundamentales. Ello significa que esta declaración irroga su fuerza respecto de la totalidad de los derechos enunciados desde el capítulo I al III, invariablemente. No obstante, de ésta no se puede afirmar que haya sido la posición que mantiene el Tribunal Constitucional ya que, como apunta la profesora CUENCA¹¹⁵⁴, el Tribunal Constitucional parece haberse decantado por una interpretación menos estricta de este artículo al reconocer expresamente que se aplica a los derechos reconocidos en los artículos 10 a 38 de la CE y, por tanto, a todos los derechos incluidos en el Capítulo II del Título I; ahora bien, el TC no se ha pronunciado con carácter general acerca de la aplicación del artículo 10.2 a los derechos reconocidos en el Capítulo III y hasta el momento ha utilizado en contadas ocasiones y con una relevancia decisoria más bien nula los textos internacionales en la interpretación de estos derechos, haciendo referencia a la STC 215/1994, de 14 de julio, en relación con la aplicación de la Declaración de Derechos de la ONU del Retrasado mental. Se tiene que esperar, pues, a que sean resueltos por el Tribunal recursos en los que se analice la vigencia de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad en el derecho interno, para conocer cuál es la posición de este órgano ante el cambio estructural en la valoración de los derechos de este grupo que

¹¹⁵³ BENGOCHEA GIL, M.A. *“La igualdad como fundamento e instrumento para articular los derechos sociales”* en RIBOTTA, S y ROSSETTI (editores), A. *“Los Derechos sociales en el Siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia”*. Ob. Cit. Pág. 259.

¹¹⁵⁴ CUENCA GÓMEZ, P. *“El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en los derechos constitucionales”* en CUENCA GÓMEZ, P (editora). *“Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español”*. Ob. Cit. Pág. 38.

introduce el nuevo instrumento. A mi juicio, entiendo correcta la postura de la profesora de la Universidad Carlos III, quien apunta que si se hubiera pretendido excluir algunos derechos constitucionales de la vinculación del artículo 10.2 podría haberse hecho expresamente, del mismo modo que se hace en el artículo 53 de la CE, al establecer diferentes regímenes de garantía para los derechos recogidos en los distintos Capítulos del Título I¹¹⁵⁵.

Paralelamente, se encuentran preceptos que acogen auténticos derechos fundamentales que, por otro lado, están repartidos en el texto constitucional al margen del propio Título I; se pueden citar, el art. 105, 121, 125, 129. El comentado artículo 53 tiene el siguiente contenido literal: *“1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1, a). 2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30. 3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”*.

La valoración de los principios contenidos en el Capítulo III del Título I, a la luz del artículo 53 del Texto Constitucional ha sido analizada en la sentencia STC 80/1982, de 20 de diciembre, en cuyo fundamento jurídico 1 y 2, declara: *“...Decisiones reiteradas de este Tribunal en cuanto intérprete supremo de la Constitución (artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) han declarado ese indubitable valor de la Constitución como norma. Pero si es cierto que tal valor necesita ser modulado en lo concerniente a los artículos 39 a 52 en los términos del artículo 53.3 de la CE, no puede caber duda a*

¹¹⁵⁵ Idem. Pág. 38.

propósito de la vinculatoriedad inmediata (es decir, sin necesidad de mediación del legislador ordinario) de los artículos 14 a 38, componentes del capítulo segundo del título primero, pues el párrafo primero del artículo 53 declara que los derechos y libertades reconocidos en dicho capítulo «vinculan a todos los poderes públicos». Que el ejercicio de tales derechos haya de regularse sólo por ley y la necesidad de que esta respete su contenido esencial implican que esos derechos ya existen con carácter vinculante para todos los poderes públicos, entre los cuales se insertan obviamente «los jueces y Magistrados integrantes del poder judicial» (artículo 117 de la CE), desde el momento mismo de la entrada en vigor del texto constitucional. Uno de tales derechos es el de la igualdad ante la Ley que tienen todos los españoles, sin que pueda prevalecer discriminación alguna entre ellos por razón de nacimiento (artículo 14 de la CE). 2.Lo dicho hasta aquí no implica la aplicación retroactiva de la Constitución, sino el reconocimiento de su carácter normativo, el de la vinculatoriedad inmediata del artículo 14 y la afirmación de que, en consecuencia, todo español tiene, desde el momento mismo de la entrada en vigor de la Constitución, el derecho a no ser discriminado ...». A mi juicio, este pronunciamiento deja sin lugar a dudas que los DESC, en la medida en que resultan básicos para preservar la libertad e igualdad del individuo, conectan con el artículo 14 y resultan, por esta vía, objeto de aplicación y exigibilidad inmediata. Un caso de este tipo ha sido reconocido por el TC en su sentencia 119/2001, de 29 de mayo, en relación con los derechos del medio ambiente (art. 45 CE), que es un DESC de los que he analizado como derecho de cuarta generación, por su conexión con la intimidad personal y familiar de los artículos 18.1 y 18.2 de la CE (FJ 5 y 6). El procedimiento seguido por las partes que dio lugar al recurso de amparo conocido por el Tribunal fue la vía especial de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección de los derechos fundamentales de la persona. En su FJ 5, declara que “...nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos, se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada”. Esta valoración coincide, precisamente, con la que yo vengo sosteniendo hasta ahora; ninguna objeción se puede formular al argumento.

Como contrapunto, el profesor GARRIDO FALLA basa su análisis deficitario del apartado 3º de este artículo 53, sobre la afirmación de que: *“Por el simple hecho de que un precepto se incluya en un texto constitucional (o legal) no queda, sin más, convertido en norma jurídica. Es necesario, además, que tenga <estructura lógica> de norma jurídica: que sea una orden, mandato, prohibición –con la correspondiente consecuencia por su incumplimiento, en definitiva, que delimite esferas de correlativos derechos y deberes entre sujetos. Lo demás es pura retórica constitucional...”*¹¹⁵⁶. Esta valoración resulta fruto de una clara adscripción kelseniana del autor, dada su condición de administrativista; ya he aludido anteriormente a que el concepto de derecho subjetivo no se vincula exclusivamente con el haz de deberes jurídicos que emana de una norma, reafirmando el aspecto diverso que presenta su contenido, sin perder por ello tal carácter. La posición de este autor trata la Constitución o la Ley, en general, desde un punto de vista unidireccional, olvidando que la exigibilidad de los derechos contenidos en los preceptos puede ser variada: de medios o de resultados, sin que por ello queden desvirtuada su naturaleza. Asimismo, olvida también el contenido moral de los derechos humanos; ese contenido que resulta siempre previo al fenómeno de su positivización como derechos fundamentales.

Insuficiente resulta, a mi juicio, la recepción en el ordenamiento jurídico del artículo 49, a través de su consideración como principio general del Derecho, como efectúa el Tribunal supremo en una sentencia de fecha 10 de octubre de 2013 dictada en Recurso de Casación (Rec. Nº 1161/2011), de la que ha sido Ponente el Magistrado don Xavier O'Callaghan Muñoz, en cuyo fundamento de derecho segundo, declara: *“La Constitución Española en su artículo 49 proclama, si bien se refiere a los poderes públicos pero es válido como principio, la atención especializada y el especial amparo para el disfrute de los derechos por los que llama “disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos”. Es uno de los principios rectores de la política social y económica que integra la Constitución, pero este principio dogmático ha tenido consecuencias jurídicas, trascendentes e intensas que han ido mucho más allá de su aparente carácter pragmático; esto, expresado por la doctrina científica*

¹¹⁵⁶ GARRIDO FALLA, F y otros. *“Comentarios a la Constitución”*. Ob. Cit. Pág. 986.

ha repercutido en la política de integración social que en el ámbito del Derecho del Trabajo se ha incluido en la Directiva 2000/78/CE y se ha manifestado en leyes específicas a que ahora nos referimos. En relación con la anterior, un tema que no puede ser obviado es la relación de los principios constitucionales con los principios generales del derecho a que se refiere el artículo 1.4 de Código Civil como fuente del derecho (así, sentencias de 12 mayo de 1992 , 5 junio de 1992). No se sustituyen unos con otros, sino que es difícilmente imaginable la posibilidad de un principio que no sea derivación de los valores propugnados por la Constitución Española. El principio general del Derecho, al ser recogido por ésta, alcanza su más alto rango y vigencia”. Los derechos de las personas con discapacidad no pueden quedar amparados por soluciones interpretativas que se apliquen en defecto de ley o costumbre, sino en virtud de procedimientos adecuados para la exacción de sus derechos. Por otro lado, ya he expuesto en un apartado anterior de este mismo Capítulo el valor normativo que ha de dársele a los principios; por ello, no minusvalora su exigibilidad que puedan ser calificados los DESC como tales, tal como efectúa el Tribunal.

Se puede, pues, concluir que el elemento sistemático no puede resultar un argumento definitivo, para la categorización de los derechos recogidos en el texto constitucional como un grupo privilegiado desde el punto de vista de los instrumentos de garantía, y el resto a los que se otorgue una protección devaluada. Como analiza el profesor BASTIDA: *“El deseo de una interpretación restrictiva del ámbito de la ley orgánica no puede conducir a negar el carácter de derechos fundamentales a otros derechos del Título I, porque la fundamentalidad de los derechos no descansa en su ubicación formal dentro de la Constitución, sino en su configuración constitucional como normas de potencial autodisposición por el titular del derecho y, a la vez, de existencia disponible por el legislador”*¹¹⁵⁷. En este mismo sentido, como afirma el profesor CASCAJO, no parece de recibo que el principio de vinculación a la Constitución opere de forma distinta según se trate de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título I, o bien de los Principios rectores del capítulo III, porque la fuerza normativa de la Constitución (art. 9.1 CE) se proclama

¹¹⁵⁷ BASTIDA, F.J. *“¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos”* en ALEXY, R. *“Derechos sociales y ponderación”*. Ob. Cit. Págs 137-138.

respecto a toda Ella y no sólo en relación con algunas de sus partes o contenidos¹¹⁵⁸.

Como se percibe de la lectura del texto constitucional, no sólo existen derechos fundamentales ubicados fuera del limitado alcance del Título I, sino también derechos catalogados como sociales, a los que se le ha otorgado la protección privilegiada de la exigibilidad inmediata y, en su caso, el recurso de amparo, como he indicado anteriormente; al respecto, destaco el derecho a la educación del artículo 27, el derecho a la libre sindicación del artículo 28.1, el derecho de huelga (art. 28.2). Dan lugar a su defensa mediante un procedimiento urgente y sumario de protección de los derechos fundamentales. La protección mediata a través del recurso de inconstitucionalidad se reconoce al contenido en el artículo 35.1 (derecho al trabajo). Un derecho fundamental como el derecho de libertad sindical viene regulado de forma fragmentada en el artículo 7 (Título preliminar), 28 (Sección primera, Capítulo II, Título I) y 52 (Capítulo III); el ejercicio de este derecho es objeto de un sistema de protección recogido en el Título V de la LOLIS (Ley Orgánica de Libertad Sindical, nº 11/1985, de 2 de agosto -BOE 8 agosto 1985, núm. 189), según el cual cualquier trabajador o sindicato que considere lesionados los derechos de libertad sindical, *“podrá recabar la tutela del derecho ante la jurisdicción competente a través del proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona”* (artº 13).

Como indica PÉREZ LUÑO¹¹⁵⁹ se abre a la jurisprudencia y a la doctrina una importante labor de reelaboración y sistematización, que perfeccione, elucide y complete el cuadro de derechos fundamentales recogidos en el texto constitucional. Esta tarea debe tomar más en consideración la interdependencia y conexión material existente entre los distintos derechos reconocidos en la Constitución, que su posición formal en diversos títulos o incluso partes del texto; fruto que estimo que debiera extenderse a una interpretación de los instrumentos de tutela reseñados en el artículo 53. Que se asumieran con un mero criterio indicativo y no taxativo. Esta labor interpretativa que propone el profesor de Sevilla no puede ser distinta si se parte, igualmente, de la consideración de que las categorías de los derechos fundamentales no

¹¹⁵⁸ CASCAJO CASTRO, J.L. *“Derechos sociales”*. Ob. Cit. Pág. 17.

¹¹⁵⁹ PEREZ LUÑO, A.E. *“Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución”*. Ob. Cit. Pág. 72.

resulta una clasificación estática, sino que obedece a condiciones históricas, sociales y económicas. Teniendo muy presente que no es posible, en principio, llevar a cabo una estructuración jerárquica de los derechos, ya que se trata de un problema a resolver en cada caso concreto¹¹⁶⁰.

Por otro lado, como resultado de la valoración de la regla de la “ponderación” el profesor PRIETO SANCHÍS afirma: *“la ley ya no representa el máximo horizonte normativo del juez y sus prescripciones serán atendibles en la medida en que ofrezcan para el caso concreto soluciones coherentes con la Constitución y, en particular, con el sistema de derechos fundamentales”*¹¹⁶¹. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su sentencia 76/1988 (FJ 3º), en el que declara, en relación con los derechos históricos del País Vasco: *“El carácter de norma suprema de la Constitución, a la que están sujetos todos los poderes del Estado (art. 9) y que resulta del ejercicio del poder constitucional del pueblo español, titular de la soberanía nacional, y del que emanan todos los poderes del Estado (art. 1.2 C.E.) imposibilita el mantenimiento de situaciones jurídicas (aún con una probada tradición) que resulten incompatibles con los mandatos y principios constitucionales”*.

Ello significa que, en cualquier caso, la labor interpretativa que lleven a cabo los Tribunales deberá resultar favorable a la maximización de la eficacia de estos derechos, integradas las normas mediante los principios en apreciación conjunta. Es la idea que subyace en la concepción del Estado Constitucional (MARTIN KRIELE, PETER HÄBERLE), como resultado de un proceso de perfeccionamiento del Estado de derecho (GARCÍA PELAYO). En este sentido apunta la diferenciación que propone el profesor LUCAS VERDÚ entre *“tener una constitución”* y *“estar en constitución”*¹¹⁶². Una interpretación de estos preceptos de forma excluyente representa una manifestación más de la dicotomía permanente entre los procesos de concepción del Derecho y de aplicación, que ha de tender a suprimirse.

¹¹⁶⁰ ASÍS ROIG, R. DE. “Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder”. Ob. Cit. Pág. 15

¹¹⁶¹ PRIETO SANCHÍS, L. “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades” en “Derecho y libertades”. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. 2000.. 450.

¹¹⁶² LUCAS VERDÚ, P. “Teoría de la constitución como ciencia cultural”. Ed. Dykinson. 1997. Págs. 43 y ss.

Debe ser asumido que los derechos fundamentales, como las demás normas, son el punto de llegada de la interpretación y no el punto de partida¹¹⁶³. Por otro lado, resulta básico entender que tras los DESC se esconden derechos mediante los que se garantiza una vida digna y en igualdad y libertad. Como reconoce el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia *“lo esencial es «el derecho fundamental que se defiende, no la cita del artículo de la Constitución que lo proclama»; pues la razón de ser de la carga de invocación del derecho fundamental es hacer posible que los Tribunales de Justicia, a quienes compete con carácter general y primordial la protección de los derechos y libertades fundamentales, en virtud de los arts. 53.2 y 117 CE, pueden «satisfacer tal derecho o libertad haciendo innecesario el acceso a sede constitucional», fundamento jurídico 4.º; 75/1984), fundamentos jurídicos 1.º y 2.º, y 182/1990, fundamento jurídico 4.º”*¹¹⁶⁴. Por lo tanto, de conformidad con el criterio jurisprudencial indicado, en la medida en que los DESC preservan la igualdad y libertad del individuo, mediante la satisfacción de necesidades básicas, deberán ser considerados derechos fundamentales, sea cual sea la ubicación del precepto tenido en cuenta. Sobre la base de esta dimensión objetiva, el legislador está obligado a atender y desarrollar las previsiones constitucionales relativas a los derechos sociales, con sometimiento a la jurisdicción constitucional en el caso de las disposiciones con fuerza de ley, tanto por vía directa de recurso de inconstitucionalidad (art. 161.1.a CE, como indirecta o de excepción a través de la cuestión de inconstitucional -art. 163 CE)¹¹⁶⁵. *“Contraria a la Constitución”* reza este último artículo; dentro del término, se recoge sin ningún género de dudas a los DESC.

Tal como ha quedado expuesto, la ubicación sistemática de los derechos de las personas con discapacidad, que ha sido uno de los motivos más habituales para justificar su falta de exigibilidad, carece de fundamento. Ya he expuesto anteriormente la preocupación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (48º período de sesiones, celebradas 30 de abril a 18 de

¹¹⁶³ GARCÍA FIGUEROA, A. *“Principios y positivismo jurídico”*. Ob. Cit. Pág. 53.

¹¹⁶⁴ STC núm. 254/1993 de 20 julio, FJ 2º.

¹¹⁶⁵ DE LA IGLESIA CHAMARRO, A. *“La fragmentación de la exigibilidad de los derechos sociales en el ordenamiento”* en TEROL BECERRA, M y JIMENA QUESADA, L. (directores) *“Tratado sobre protección de derechos sociales”*. Ob. Cit. Pág. 121.

mayo de 2012), en sus Observaciones finales a España, sobre este problema; urge iniciar a la mayor brevedad un proceso de innovación que reoriente el análisis de estos derechos a la luz de los argumentos que he expuesto, con el fin de, sobre la base del principio de indivisibilidad, universalidad e interdependencia de los derechos humanos, permita llevar a cabo las medidas legislativas y de conciencia social pertinentes para garantizar a los derechos económicos, sociales y culturales un nivel de protección análogo al que se aplica a los derechos civiles y políticos. Asimismo, el Comité recomienda al Estado parte que tome las medidas adecuadas para asegurar la plena justiciabilidad y aplicabilidad de todas las disposiciones del Pacto por los tribunales nacionales”¹¹⁶⁶. Entiendo que la claridad de esta declaración no deja lugar a dudas.

3.2.6. Los DESC como instrumento de fortalecimiento democrático

Desde hace trescientos años se viene manteniendo una configuración de Estado que persiga el interés general de todos los súbditos y no de parte de ellos. Esta conclusión se percibe en los escritos de los padres del liberalismo, autores que, como LOCKE, propugnaban un Estado no intervencionista¹¹⁶⁷; siendo la función del Estado y los límites que se imponen al poder legislativo: proveer seguridad para las posesiones privadas de cada individuo, y también para todo el pueblo y sus intereses públicos, de tal modo que puedan prosperar y desarrollarse en paz...”¹¹⁶⁸; las leyes deben ajustarse al bien general de todos los súbditos y no a las persuasiones de una parte de ellos, las cuáles, al ser a menudo opuestas entre sí, producirían leyes contrarias¹¹⁶⁹.

Esta tesis reduccionista ha sido mayoritaria hasta el siglo XX, momento a partir del cual, incluso en autores de perfil liberal, vienen admitiendo la modulación de las normas en función de las necesidades de sus destinatarios. Ejemplo de esta tendencia, Ronald Dworkin, justifica las desigualdades en el trato en virtud de lo que denomina “*sentido ideal*”, buscando aquello que sea más justo o se aproxime más a una sociedad ideal, mejore o no el bienestar

¹¹⁶⁶ E/C.12/ESP/CO/5.

¹¹⁶⁷ “El Estado es, a mi parecer, una sociedad de hombres constituida únicamente para preservar y promocionar sus bienes civiles. Lo que llamo bienes civiles son la vida, la libertad, la salud corporal, el estar libres de dolor y la posesión de cosas externas, tales como dinero, tierras, casas, muebles y otras semejantes”. LOCKE, J. “Ensayo y Carta sobre la tolerancia”. Alianza Editorial. 1999. Pág. 66.

¹¹⁶⁸ Idem. Pág. 105.

¹¹⁶⁹ Idem. Pág. 31.

promedio¹¹⁷⁰; partiendo de esta afirmación, se puede llegar a concluir que, si el legislador constitucional español ha plasmado su deseo de que determinados grupos de personas ostenten un conjunto definido de derechos, se ha de buscar en el ordenamiento, precisamente, aquellas soluciones que mejor contribuyan a satisfacer ese sentido ideal de la sociedad. Una sociedad en la que las personas con discapacidad y los demás grupos sociales con necesidades especiales vean removidas aquellas barreras que dificultan el ejercicio de su libertad, en un sentido pleno, ya que frente a la fuerza arrolladora de la lógica de los mercados, pierden éstos, día a día, su libertad. De lo contrario, si se deja que imperen meras interpretaciones restrictivas, la sociedad actual quedará un poco menos libre; por un lado, se privará a grupos humanos importantes de participar activamente en la sociedad; por otro, el poder económico acabará por imponer su dictadura. ¿Acaso se puede pensar que si la sociedad deja de lado las necesidades del colectivo que estudio, no quedará igualmente afectada la sociedad misma? ¿puede acaso prescindir la sociedad de las aportaciones de grupos considerables de sus miembros, del desenvolvimiento de su propia dignidad personal?

Uno de los retos más destacados de la sociedad actual resulta la integración de los colectivos en riesgo de exclusión por razones sociales, no sólo las personas con discapacidad, sino también el colectivo de inmigrantes, personas mayores, etc. La integración de estos grupos debe articularse a través de la sociedad civil mediante los DESC, con la intervención activa de las entidades del Tercer Sector. Son razones demográficas y de funcionamiento interno de una vida en democracia la que exige esta acción. Sólo por esta vía inclusiva se podrá calificar una sociedad de auténticamente democrática. La relación entre derechos humanos, democracia y desarrollo como fundamento de la paz ha sido destacada por la Asamblea General de las Naciones Unidas que el 6 de octubre de 1999 aprobó la Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz¹¹⁷¹.

Se ha de permitir que puedan llevar estos grupos una buena vida, como vida digna, en la que puedan verse satisfechos sus anhelos personales, al mismo tiempo que pueden resultar personas productivas cuando la sociedad

¹¹⁷⁰ DWORKIN, R. *“Los derechos en serio”*. Ob. Cit. Pág. 339.

¹¹⁷¹ A/RES/53/243.

crea las condiciones para ello¹¹⁷². La sociedad no puede evitar, ni le resulta provechosa, la no intervención de todos y cada uno de sus miembros en la determinación de los objetivos y los valores que la misma debe acometer. Todos estos grupos presentan una serie de necesidades básicas comunes a todos sus miembros; es por ello que el ordenamiento jurídico debe darles respuesta desde el ejercicio pleno de los derechos fundamentales que tienen otorgados. Plenamente de acuerdo con las palabras de VAN PARIJS, conforme a quien: *“De manera que una buena sociedad es algo más que una sociedad justa, pero hay pocas posibilidades de hacerla mejor si no es mediante medidas que contribuyan, aunque sea indirectamente, a hacerla más justa”*¹¹⁷³. Para ello, entiendo que el hecho de que a un derecho fundamental se le asigne una ubicación sistemática concreta, o se le otorgue un sistema de garantías específico, privilegiado o no respecto de otros derechos, no deriva de la propia naturaleza del derecho analizado, sino de la específica concepción que el autor constitucional plasma en la norma en el momento de ser elaborada, como he indicado anteriormente. Concepción que, en modo alguno, puede entenderse, por otro lado, inmutable, como corresponde a una determinada opción ideológica. Lo cierto es que, cuanto mayores sean las barreras que la sociedad crea al grupo humano objeto de estudio, mayores resultarán los costes que sus miembros deben dedicar a obtener los mismos niveles de bienestar social que los restantes ciudadanos y ciudadanas que no se encuentren en esa circunstancia de exclusión, por lo que este exceso debe ser detraído por estas personas de otros conceptos como ocio, cultura, deporte, etc.; por ello, su propia libertad, en cuanto desarrollo pleno de su personalidad, queda en entredicho.

En relación con el colectivo de personas con discapacidad, MARTÍNEZ RÍOS, en un reciente estudio elaborado sobre este tema, manifiesta que los factores que influyen en el gasto extraordinario que una persona con discapacidad debe realizar para mantener el mismo nivel de vida que otra sin discapacidad, vienen representados por: el nivel de necesidad extraordinaria que

¹¹⁷² “...Now of course we immediately want to say that people with impairments and related disabilities are not unproductive. They contribute to society in many ways, when society creates conditions in which they may do so”. NUSSBAUM, M.C. “Frontiers of Justice”. Ob. Cit. Pág. 105.

¹¹⁷³ VAN PARIJS, P. “Libertad real para todos. ¿Qué se puede justificar al capitalismo (si hay algo que pueda hacerlo)?”. Ob. Cit. Pág. 273.

genera la discapacidad, el nivel de provisión de servicios sociales, prestaciones económicas y exenciones fiscales existentes para cubrir esas necesidades específicas, y, por último, el efecto negativo de la discapacidad en los ingresos; concluyendo la investigadora que: *“Los estudios demuestran que los costes de la discapacidad no se pueden reducir solamente mediante el aumento de los ingresos, sino que resulta necesario fomentar además el desarrollo de políticas dirigidas a eliminar las barreras a las que se enfrentan las personas con discapacidad en su proceso de inclusión en la sociedad, barreras como las psicológicas, las físicas, las de acceso a la información, etc., y en general, todas aquellas que no permiten su participación como miembros activos de la sociedad en todas sus esferas (vida política, educación, empleo, ocio, entre otras)”*¹¹⁷⁴. Las reglas del mercado imponen sobre estos grupos unas condiciones más gravosas que al resto de los ciudadanos y ciudadanas. Son múltiples las maneras en que pueden resultar afectados: desde un incremento del precio final del producto, en la medida en que se acortan las series de producción de los productos adaptados a estos colectivos, la necesidad de retribuir a un asistente que supla la falta de accesibilidad del entorno en el que estas personas se mueven, etc.

Frente a esta realidad, el catálogo de derechos que recoge un texto constitucional resulta el reflejo de lo que se denomina *“moral crítica”*; es decir, el conjunto de valores que el conjunto social entiende dignos de proteger. En el texto constitucional español, los mismos figuran en el artículo 1.1., donde se recoge la cita de: *“Estado social”, “estado democrático de derecho”, “la libertad”, “la justicia”, “la igualdad”*, entre otros. Ello conlleva que la sociedad democrática española quede impregnada por la puesta en acción de esos valores básicos. No una justicia formal de corte individual, sino material de carácter colectivo. Frente al reconocimiento casi exclusivo de la condición de derechos fundamentales de los derechos individuales y de participación política y sindical, los derechos de autonomía, los DESC, como he expuesto anteriormente, representan el clamor de la sociedad civil. Como declara la profesora PALOP en relación con los derechos de cuarta generación: *“En un marco democrático como el nuestro, las nuevas demandas deberían ser*

¹¹⁷⁴ MARTÍNEZ RÍOS, B. *“Pobreza, discapacidad y derechos humanos. Aproximación a los costes extraordinarios de la discapacidad y su contribución a la pobreza desde un enfoque basado en los derechos humanos”*. Ed. Cinca. 2011. Pág. 160.

*discutidas, a fin de determinar si tras ellas se esconden auténticas necesidades humanas, y, a mi juicio, tal discusión, lejos de facilitar la banalización de los derechos ya consolidados, ayudaría a su mejor comprensión y favorecería la progresiva creación del marco moral y político más adecuado para garantizarlos*¹¹⁷⁵. Sobre la base de la idea del pluralismo, el Estado constitucional no es una “*asociación de dominación*” que flota por encima de los ciudadanos, sino que se constituye una y otra vez a partir de los ciudadanos y ciudadanas y los grupos, y que se encuentra a su servicio¹¹⁷⁶. Sobre la base de la necesaria profundización democrática de la sociedad contemporánea se precisa la sustitución del concepto de “*ciudadano*”, con claras connotaciones políticas en relación con la atribución de un tipo determinado de derechos individuales, por el de persona, como he manifestado anteriormente, siendo ella el eje de atribución de un catálogo universal de derechos. Al final de este proceso no cabe ya la diferencia entre derechos civiles y políticos frente a los derechos sociales, económicos y culturales. No son categorías subordinadas, en la que una prime sobre la otra; todas ellas contribuyen, al menos por igual, al desenvolvimiento pleno del individuo; todas son imprescindibles para la subsistencia del Estado.

Hago mía la cita que recoge la profesora HELLER de Galliani: “...*la verdadera riqueza es el hombre*”¹¹⁷⁷. A lo largo de este proceso, la democracia formal, fruto de una mínima participación ciudadana en los procesos políticos a través de los derechos y libertades de autonomía, se transforma en una democracia material en la que, una vez ejercidos esos derechos y libertades, los ciudadanos y ciudadanas con especiales necesidades puedan igualmente reconocer la satisfacción de las mismas, hechas valer mediante los instrumentos de reclamación eficaz que el ordenamiento jurídico ha de poner a su servicio; como manifiesta FERRAJOLI, en un intento de redefinir el concepto de democracia, llama democracia sustancial o social al estado de derecho dotado de garantías efectivas, tanto liberales como sociales, y democracia formal o política

¹¹⁷⁵ RODRÍGUEZ PALOP, M^a. “*La nueva generación de Derechos Humanos. Origen y justificación*”. Ed. Dykinson. 2ª ed. 2010. Pág. 108.

¹¹⁷⁶ HÄBERLE, P. “*El Estado constitucional*”. Ob. Cit. PÁG. 323.

¹¹⁷⁷ HELLER, A. “*Teoría de las necesidades en Marx*”. Ob. Cit. Pág. 123.

al estado político representativo, es decir, basado en el principio de mayoría como fuente de legalidad¹¹⁷⁸.

La voz de este grupo social de personas con discapacidad no puede dejar de ser oída por sus representantes políticos, en la medida en que la misma conforma, como una parte más, el interés general; precisamente, de este interés general deriva el empoderamiento de estos colectivos, bajo fórmulas democráticas de participación. Como puntualiza la profesora RODRÍGUEZ PALOP en relación con los derechos de cuarta generación: “...*la finalidad que tales derechos persiguen: anteponer la profundización democrática a los objetivos estrictamente económicos...*”¹¹⁷⁹. Son derechos entroncados directamente con el valor de la solidaridad; por medio de ellos, la propia sociedad les devuelve el papel activo que, como consecuencia de la aplicación exhaustiva de las reglas de mercado, las propias barreras que ella misma genera limita. No obstante, no sólo representa una mera cuestión de justicia distributiva o solidaridad, sino que la propia subsistencia del sistema democrático se sustenta sobre la base de la satisfacción de los derechos de los colectivos vulnerables, y ésta sobre la articulación de los DESC, como he expuesto anteriormente. Como reflexiona HELLER, analizando la situación de crisis política, económica y de valores que padeció Alemania a partir de la Constitución de Weimar: “...*las tensiones propias de la democracia moderna (democracia de masas) sólo pueden ser neutralizadas a través de la instauración de una forma de Estado social de Derecho*”¹¹⁸⁰. Son demasiadas las concomitancias que se dan entre el análisis político analizado por el profesor alemán de la Escuela de Frankfurt y la situación social del siglo XXI: defectuosa división de poderes, neutralización de los instrumentos de control, atenuación de la capacidad de control político, partitocracia, etc. Estos mismos elementos de juicio se pueden encontrar en la sociedad española en el momento actual; esta situación se ha traducido en un desmantelamiento económico del sistema de prestaciones sociales que había sido instaurado en los últimos veinte años.

¹¹⁷⁸ FERRAJOLI, L. “*Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*”. Ob. Cit. Pág. 864.

¹¹⁷⁹ RODRÍGUEZ PALOP, M^a. “*La nueva generación de Derechos Humanos. Origen y justificación*”. Ob. Cit. Pág. 248.

¹¹⁸⁰ MONEREO PÉREZ, J.L. “*La defensa del Estado social de Derecho. La teoría política de Herman Heller*”. Ob. Cit. Pág. 151.

No se puede olvidar que el carácter deliberativo y discursivo de la democracia aporta una imagen del modo en que ha de presentarse el Estado para reducir drásticamente la presencia de la voluntad arbitraria en el ejercicio del poder político institucionalizado¹¹⁸¹. Es por ello que entiendo que el respeto a los DESC es la piedra de toque de un sistema democrático; en la medida en que estos derechos van destinados a colectivos especialmente vulnerables. Desgraciadamente, las decisiones políticas restringen deliberadamente las políticas sociales; muestra una vez más de esa voluntad arbitraria. Como manifiesta la profesora AÑÓN: *“La continuidad axiológica y estructural de todos los derechos pone sobre el tapete la afirmación de que los derechos sociales no sólo son compatibles con la democracia, sino que son un componente esencial de los valores fundamentales de la misma...”*¹¹⁸². Si en un ámbito se percibe los elementos definidores de los individuos, sus necesidades, sus anhelos y aspiraciones, es, precisamente, en esta categoría de derechos. Si la historia de los derechos fundamentales resulta fruto de un anhelo de la sociedad porque el poder político garantice esferas de poder individual en las que desenvolver la libertad del individuo en un entorno de igualdad, y el mismo ha justificado la implantación de modelos de gobiernos democráticos, este mismo anhelo se encuentra presente en los DESC. Como apunta FERRAJOLI, la democracia es fruto de una constante tensión entre poder político-representativo, que se identifica con el estado, y el poder social-directo que se identifica con el ejercicio de las libertades en función de permanente alteridad y oposición; estos dos modelos, a los que el autor italiano califica como *“democracia representativa”* y *“democracia directa”*, no sólo no constituyen dos modelos alternativos de democracia, sino que son más bien una el soporte de la otra¹¹⁸³. De lo contrario, se nutre un sistema legal auto-poyético, en el que su único objetivo resulte la satisfacción de sus propios intereses, no de los ciudadanos y ciudadanas a cuyos intereses se instituye; como indica HABERMAS, en un sistema de este tipo las

¹¹⁸¹ Idem. Pág. 78.

¹¹⁸² AÑÓN, M.J. *“Derechos sociales: inconsistencia de una visión compartimentada”* en *“Teoría de la Justicia y Derechos fundamentales”*. VV.AA. *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*. Pág. 40.

¹¹⁸³ FERRAJOLI, L. *“Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”*. Ob. Cit. Págs. 948-949.

funciones de gobierno macro-social se abandonan¹¹⁸⁴, y el sistema no sólo se justifica a sí mismo, sino que se retroalimenta.

En un régimen de naturaleza democrática, la sociedad civil y los poderes constitucionales deben situarse en un mismo nivel; es más, es la sociedad civil la depositaria del interés general que debe regir el funcionamiento de aquéllos, y no al revés. Es por ello que los derechos sociales se convierten en la condición material para consolidar un tipo de democracia política que, previamente, había conquistado los derechos civiles y políticos¹¹⁸⁵. Crece la necesidad de invertir en estructuras organizativas y procedimientos de buena gobernanza en los niveles local y supranacional, lo que implica, entre otros factores, una revalorización de los deberes de transparencia y de información por parte de los Estados, pero también por parte de las corporaciones u organizaciones sociales encargadas de hacer efectivos los derechos¹¹⁸⁶. Tanto las administraciones públicas como las corporaciones y entidades deben perseguir el objetivo de satisfacción del principio de justicia, inherente al sistema democrático. Sólo existirá democracia en el seno de una sociedad justa, en la que todos los grupos sociales encuentren su lugar para participar en la satisfacción de ese objetivo; por ello, los derechos humanos y las reglas de buen gobierno se encuentran estrechamente unidos. ¿Acaso puede subsistir un Estado donde los derechos humanos de todos sus miembros no sean respetados? MARTÍNEZ DE PISÓN ve los DESC, en el seno de este Estado protector, como mecanismos capaces de dotar de seguridad a la vida del Estado, al disfrute del derecho de propiedad y en el ejercicio de la libertad individual y de los derechos políticos¹¹⁸⁷.

La sociedad debe llevar a cabo un esfuerzo por lo que el profesor CASCAJO denomina con sentido la “*democracia de lo cotidiano*”¹¹⁸⁸, donde se dé solución a los problemas que plantean los ciudadanos y ciudadanas. Es por

¹¹⁸⁴ En este sentido, HABERMAS, J. “*Between Facts and Norms*”. Ob. Cit. Pág. 49.

¹¹⁸⁵ AÑÓN ROIG, M.J. y GARCÍA AÑÓN, J. (directores). “*Lecciones de derechos sociales*”. Ob. Cit. Pág. 28.

¹¹⁸⁶ SARLET, I.W. “Los derechos sociales en el constitucionalismo contemporáneo: algunos problemas y desafíos” en PRESNO LINERA, M.A. y SARLET, I.W. (editores). “*Los derechos sociales como instrumento de emancipación*”. Ob. Cit. Pág. 60.

¹¹⁸⁷ MARTÍNEZ DE PISÓN, J. “*Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*”. Ob. Cit. Pág. 24.

¹¹⁸⁸ CASCAJO CASTRO, J.L. “*Los Defensores del Pueblo en el Estado Social y Democrático de Derecho: una perspectiva teórica*”. Revista Vasca de Administración Pública. Nº 24 (mayo-agosto 1989). Pág. 53. Consulta online en <https://www6.euskadi.net/t59aWar/revistaJSP/t59aVerEjemplar.do?R01HNoPortal=true&t59aTipoEjemplar=R&t59aNumEjemplar=24>

ello que, como corolario de esta valoración, constituyendo el eje de la tesis que mantengo, entiendo que debe seguirse una interpretación favorable a la exigibilidad de la categoría de los DESC como derecho fundamental, una vez que se ha establecido la conexión de ese derecho con la libertad e igualdad de la persona. Al respecto, el profesor DE LORENZO apunta esta idea fruto de una evolución de los principios sobre los que se inspira la legislación de cabecera en relación con la atención de las personas con discapacidad¹¹⁸⁹. Teniendo siempre en mente que, como apunta FERRAJOLI, el progreso de la democracia se mide precisamente por la expansión de los derechos y de su justiciabilidad¹¹⁹⁰, el respeto de los derechos sociales constituye de esta manera la piedra de toque del sistema democrático constitucional. El Estado de derecho y el Estado social pueden existir sin un sistema político democrático; es la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos a través de los DESC como se asienta una auténtica participación democrática en el orden político. Los derechos sociales aparecen como un instrumento necesario en la construcción de una democracia material¹¹⁹¹. Son las posiciones neoconservadoras imperantes en el momento actual las que sacralizan en los discursos las constituciones democráticas, las voluntades populares, las mayorías, y en realidad dejan la desigualdad social tal como está¹¹⁹².

Nuestro texto constitucional lo previó e instituyó una configuración de Estado de carácter netamente social, donde figura como eje de la acción los DESC y, por derivación, la consideración del individuo como núcleo de la dignidad humana. Por esta vía, la democracia se convierte en una forma de vida individual y comunitariamente valiosa, que respeta y fomenta el carácter auto-legislador de los individuos, les educa en la responsabilidad y el sentido de la justicia, y es por ello fuente de felicidad¹¹⁹³. Hoy en día, no cabe entender el desarrollo únicamente en clave económica, sino que hace falta promoverlo desarrollo sobre la base de un enfoque integrado, centrado en el ser humano; el

¹¹⁸⁹ DE LORENZO GARCÍA, R. “*Los contornos del derecho de la discapacidad*” en PÉREZ BUENO, L.C. (director). “*Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*”. Ob. Cit. Pág. 107.

¹¹⁹⁰ FERRAJOLI, L. “*Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*”. Ob. Cit. Pág. 918.

¹¹⁹¹ MARTÍNEZ DE PISÓN, J. “*Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*”. Ob. Cit. Pág. 105.

¹¹⁹² CORTINA, A. “*Ética sin moral*”. Ob. Cit. Pág. 142.

¹¹⁹³ Idem. Pág. 264.

objetivo es mejorar el bienestar y la calidad de vida de las personas, para lo cual es necesario erradicar la pobreza, satisfacer las necesidades básicas y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos sin distinción¹¹⁹⁴.

4. Propuestas para una eficaz protección de los derechos de las personas con discapacidad

Partiendo del análisis realizado hasta este momento en el presente trabajo, he reflexionado sobre las dificultades con las que se encuentran las personas con discapacidad para la defensa de sus derechos, y he extraído aquellas propuestas mediante las que entiendo que el magro panorama presente sobre el respeto de los derechos de estas personas, puede ser mejorado. El conjunto de medidas que propongo no tiene carácter exhaustivo; son fruto de la propia experiencia y de las lecturas que he realizado para preparar el trabajo que he elaborado. No obstante, estoy convencido de que, en último extremo, la salud de un ordenamiento jurídico se demuestra con la flexibilidad con la que se adapta a las nuevas necesidades que surgen en el horizonte de la vida social; el nuestro, a mi juicio, anda un poco enfermo. El “*sistema*”, representado por un poder político y administrativo renqueante encuentra, con demasiada facilidad, la colaboración de un poder judicial que tiene que acometer una tarea profunda de actualización si se ha de poner frente a la apuesta de la sociedad española por la decidida defensa de los derechos de las personas con discapacidad; si entiende que no debe quedarse en un ilustre florero en esta tarea esencial para la vida democrática. Muchas veces, en mi ejercicio profesional, me gustaría que el poder judicial, o la judicatura, tuviera la misma sensibilidad para los derechos de estas personas y evitara resoluciones difíciles de asumir hoy en día; por otro lado, el alejamiento de estos órganos de una de las cuestiones más relevantes de la sociedad democrática actual, como es la que planteo, debe generar una profunda reflexión interna y acometer la tarea de acometer las reformas que resulten necesarias para, finalmente, impregnarse de los mismos valores que ya están presentes en ella.

¹¹⁹⁴ CARDONA LLORENS, J. y SANZ CABALLERO, S. “*La democracia, el desarrollo y los derechos humanos como fundamento de la paz*” en “*Cultura de Paz y medidas para garantizarla*”. Instituto de Hispanoamérica y el Mediterráneo. Colección Política y Derecho (PO-DER). 2001. Pág. 119.

Espero que, en un futuro un poco cercano, pueda ver algún caso de aplicación práctica de alguna de las propuestas que formulo a continuación, percibiendo así que algo ha empezado a cambiar en la situación actual.

4.1. El ejercicio de acciones colectivas

Una de las diferencias más marcadas entre los derechos de autonomía y los derechos sociales reside en la circunstancia de que, mientras en los primeros la lesión de los derechos afecta a sujetos concretos, individualmente concernidos, ya sea en un sentido positivo o negativo, la lesión de los derechos sociales tiene un componente colectivo; ello es así puesto que desarrollándose en el marco de la libertad promocional, la omisión del legislador a la hora de reconocer ese derecho afecta a un nutrido colectivo de personas, que son aquéllas en quienes concurre la necesidad no satisfecha. Este aspecto ya ha sido analizado anteriormente en este Capítulo, en relación con la consideración de los derechos de las personas con discapacidad como derechos de tercera o cuarta generación; sin perder su condición de derechos de titularidad individual, se nutren de un matiz diferente al posibilitar que su defensa se articule mediante acciones colectivas. Por ello, la generalización de este tipo de acciones como instrumento de defensa de las lesiones que se produzcan en el ámbito de los derechos sociales resulta inherente al reconocimiento de estos derechos.

Al mismo tiempo, en un Estado social resulta de singular importancia la participación de la sociedad civil. Ya he indicado anteriormente cómo se interrelacionan los DESC con ésta. Una manifestación de este fenómeno resulta la participación de las entidades que representan los intereses colectivos de las personas en riesgo de exclusión en la defensa de estos derechos. A ello me refiero cuando aludo a las acciones colectivas, para las que se precisa reconocer a estas entidades legitimación activa para la interposición de demandas, en defensa de los intereses de grupo, aún en el caso de que no se encuentren definidos los particulares individuos lesionados. La admisión generalizada de este instrumento procesal elevaría el grado de participación democrática y nos acercaría, a mi juicio, a la tan anhelada democracia material. Mediante este instrumento, se instituye de forma paralela una herramienta eficaz de control del ejercicio del poder político; la admisión

sin ambages del ejercicio de acciones colectivas por parte de entidades que representan intereses de grupos sociales concretos, permite impugnar decisiones de los poderes públicos que resultaran lesivas en perjuicio de determinados grupos desfavorecidos, a la vez que estas entidades se convertirían en la salvaguardia de los derechos sociales y el mecanismo de control antes aludido.

No obstante, la representación de los intereses generales colectivos no goza de una merecida etapa de esplendor en nuestro ordenamiento jurídico, como se ve a diario. La representación colectiva de los derechos de las personas con discapacidad figuraba inicialmente reconocida en la LIONDAU, en su artículo 19, si bien sobre la base de una acción de defensa de los derechos de manera individual; no obstante, la acción colectiva indicada se reconocía de manera incipiente en este texto a *“las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos”*. La Ley no sólo reconducía a los propios Estatutos de las entidades la atribución de ese ámbito de actuación, sino que exigía una habilitación legal; habilitación que la propia Ley no recogía. Por otro lado, exigía el precepto una autorización para que esas entidades actuasen en nombre del particular. A diferencia de la legislación específica en materia de consumo, la norma no legitimaba a las personas jurídicas que tienen como fin la tutela de los derechos de las personas con discapacidad; hubiese sido de gran utilidad que las asociaciones y fundaciones existentes en el ámbito indicado, hubiesen tenido legitimación para reclamar y entablar acciones judiciales¹¹⁹⁵. El legislador estatal español mantiene en el artículo 76 del TRDPCDYS la misma redacción que el artículo 19 de la LIONDAU, vinculando el ejercicio de la legitimación a las entidades a una habilitación legal y a una autorización individual de las personas representadas. Nada nuevo se ha hecho en relación en este apartado desde entonces, a pesar del tiempo transcurrido.

Este instrumento jurisdiccional ha sido valorado como eficaz para la defensa de los derechos de estas personas en el ámbito de las organizaciones internacionales como ONU, ya que el Comité de Derechos Económicos,

¹¹⁹⁵ En relación con el derecho a la accesibilidad, se pronuncia en este sentido, DE ASÍS ROIG, R; AIELLO, A.L.; BARIFFI, F; CAMPOY, I; PALACIOS, A. *“Sobre la accesibilidad universal en el Derecho”*. Ob. Cit. Pág. 143.

Sociales y Culturales, en su Observación General n° 9 *“La aplicación interna del Pacto”*, correspondiente al 19° período de sesiones (1998), declara en su apartado 2, en este sentido que: *“Por eso, las normas del Pacto han de ser reconocidas en el ordenamiento jurídico interno a través de los medios adecuados; las personas individuales o los grupos agraviados han de disponer de medios adecuados de reparación, o de recurso, y se han de establecer mecanismos adecuados para garantizar la responsabilidad de los gobiernos”*¹¹⁹⁶.

En relación con la Carta Social Europea, ante la inexistencia de la posibilidad de interponer acciones individuales para la defensa de los derechos reconocidos en la Carta que resultaren lesionados, el instrumento de reclamaciones colectivas se encuentra llamado a ser desarrollado por la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales; esta acción dotará a éste de una mayor visibilidad, y seguramente a consolidarse como base de un enriquecimiento mutuo con otras jurisprudencias sociales de alcance regional o universal, en especial, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹¹⁹⁷. El ejercicio de este tipo de acciones ha sido recogido en diversas observaciones generales adoptadas por el Comité Europeo el 19 de octubre de 2009 (reclamación 51/2008), de 25 de junio de 2010 (reclamación 58/2009), de 5 de diciembre de 2007 (reclamación 33/2006). Desde 1986, en el plano legal también ha habido avances significativos que han realzado los derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo la jurisprudencia emergente del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la aprobación de instrumentos como la Carta Social Europea Revisada de 1996 (Parte IV, art. D de la Carta, permite la posibilidad de aceptar la supervisión del cumplimiento de la Carta, conforme al Protocolo Facultativo de reclamaciones colectivas, pese a no haber ratificado éste, para lo que se exige una petición específica dirigida al Secretario General del Consejo de Europa); de forma más explícita, el Protocolo de San Salvador¹¹⁹⁸. Son avances que permite

¹¹⁹⁶ Según resumen publicado en HRI/GEN/1/Rev.7. Pág. 60.

¹¹⁹⁷ JIMENA QUESADA, L. en *“La ejecución de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales”* en TEROL BECERRA, M y JIMENA QUESADA, L. (directores) *“Tratado sobre protección de derechos sociales”*. Ed. Tirant lo Blanch. 2014. Pág. 252.

¹¹⁹⁸ Art. 19.6 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado en San Salvador (El Salvador) en fecha 17 de noviembre de 1988. Asamblea General-Decimoctavo período ordinario de sesiones. Entrada en vigor 16

institucionalizar esta medida procesal que, sorteando los límites individualistas de los tradicionales mecanismos de protección jurisprudencial, posibilitan demandas de efectos colectivos, impulsadas tanto por las propias personas afectadas, como por asociaciones cívicas interesadas en su representación; estas acciones producen el efecto de alentar la proliferación de comunidades de interpretación jurídica, así como se convierten en un medio para incidir en jurisdicciones inermes, al mismo tiempo reducen los gastos de justicia derivados de la proliferación de demandas individuales¹¹⁹⁹. Teniendo en cuenta el carácter esencialmente colectivo de los derechos sociales, el ejercicio de una acción de este tipo resulta, pues, su instrumento natural de defensa.

No obstante, la recepción de esta institución en el ordenamiento jurídico resulta escasa no solamente por la vía legislativa, sino, en una mayor medida, por las dificultades de su implantación en la vida procesal. La necesidad de superar los filtros procesales vinculados a la exigencia de justificación de la legitimidad procesal frustra en numerosos casos el ejercicio de este tipo de acciones en las que, como resulta evidente, el interés individual, único exigible a juicio de algunos órganos judiciales, figura oculto. Como pone de manifiesto CABRA DE LUNA: *“Hay que ligar las reclamaciones individuales, a su promoción colectiva por el movimiento asociativo (CERMI); para ello, hay que cuidar los aspectos procesales (legitimación activa, personificación y acreditación, etc)”*¹²⁰⁰.

Resulta extraño, por otro lado, que por parte del legislador se haya llevado a cabo nuevamente una reforma de calado en algunos aspectos y, por otro, no se haya modificado la Ley Rituaria Civil para dar acogida al precepto indicado del Texto Refundido. El cambio no es baladí, dado que los órganos judiciales pueden desconocer en un momento dado la figura que recoge la norma material, ante la falta de cobertura procesal suficiente en la Ley

de noviembre de 1999. Reenvía a los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En su artículo 44, el texto contiene la siguiente declaración: “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación...”.

¹¹⁹⁹ PISARELLO, G. *“Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”*. Ob. Cit. Pág. 101.

¹²⁰⁰ CABRA DE LUNA, M.A. *“Un nuevo contexto para la efectividad de los derechos de las personas con discapacidad”*. En PÉREZ BUENO, L.C. (director). *“Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo”*. Ob. Cit. Pág. 220.

adjetiva. Ante esta dificultad, resultaría necesario que se acometiera una modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹²⁰¹ para incluir la legitimación que ahora otorga en relación con los consumidores y usuarios (artº 11) y a la igualdad de trato entre hombres y mujeres (artº 11 bis). Esta falta de acogida es reflejo de la distinta consideración que merece el grupo de personas con discapacidad, pese a que son objeto de situaciones de doble discriminación análogas a las que sufren las mujeres, como he expuesto en el Capítulo I. Esta simbiosis ha sido estudiada por DE ASÍS ROIG aclarando en esencia como elemento diferenciador, que la lucha por el reconocimiento de los derechos de las mujeres se basó, en un primer momento, en demandar la racionalidad de la mujer, es decir, en considerar que las capacidades racionales propias de la condición humana eran también poseídas por las mujeres; la crítica desde la discapacidad lucha contra la caracterización de lo humano en términos de capacidad y, por tanto también, contra la exaltación de un modelo de capacidad racional ajeno a la diversidad humana¹²⁰². Como se puede fácilmente colegir, salvando las distancias, los intereses en juego son, a mi juicio, mucho más poderosos en este segundo grupo que en el primero, ya que el grado de inclusión social de la mujer en la sociedad actual arroja unas cifras muy superiores a las del colectivo de personas con discapacidad. Ello justificaría, por lo tanto, unas medidas mucho más activas por el legislador, lo que no ha sido el caso, como he expuesto anteriormente.

No obstante, la falta de criterio uniforme del legislador se traduce en que, como contrapartida, en el anteproyecto de ley de asistencia jurídica gratuita que se encuentra en tramitación en el Congreso de los Diputados, se hayan introducido determinadas medidas que favorecen estas acciones colectivas, como reconocimiento del derecho a las asociaciones de personas con discapacidad cuando ejerciten un interés colectivo. Este último sentido debe interpretarse, desde el aspecto antes apuntado de derecho de cuarta generación, cuya tutela se ejerce no solamente cuando se ejercitan acciones colectivas, sino también cuando se ejercitan acciones individuales de defensa y los efectos del pronunciamiento concreto pueden extrapolarse a otros posibles

¹²⁰¹ LEY 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 08/01/2000).

¹²⁰² DE ASÍS ROIG, R. “Sobre discapacidad y derechos”. Ob. Cit. Pág. 45.

beneficiarios que se encuentren en la misma situación de hecho. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 217/2007 de 8 octubre, en relación con la denegación del derecho de justicia gratuita a una asociación de consumidores, en su fundamento jurídico 4º, la Sala Primera del Tribunal, declara: *“El tenor de las prescripciones legales no permite, por tanto, un entendimiento restrictivo del reconocimiento del beneficio de justicia gratuita a las asociaciones de consumidores como el que propugna en su escrito de alegaciones el Abogado del Estado, según el cual dichas asociaciones ostentan ese beneficio cuando litigan en el ámbito de su legitimación personal, pero no en los casos en los que pretenden actuar en defensa de derechos o intereses individuales de alguno de sus asociados, sin acreditar que éstos carecen de medios económicos suficientes. Esta interpretación vendría a significar que, sin fundamento legal para ello, se restringiese el contenido del derecho a la asistencia jurídica gratuita que el legislador ha optado por garantizar a las asociaciones de consumidores y usuarios inscritas y registradas. En concordancia con lo expuesto no puede dejar de recordarse que este Tribunal, al abordar el problema de la legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios para defender en un proceso los derechos e intereses de sus asociados, ha reconocido expresamente que esa legitimación se ostenta no sólo cuando la asociación ejerce acciones en defensa de los derechos o intereses generales, colectivos o difusos, de sus asociados, sino también cuando la asociación actúa en defensa de un asociado concreto, siempre que la controversia afecta a los derechos e intereses del asociado en su condición de consumidor o usuario (SSTC 73/2004, de 22 de abril, FF. 4 y 5; y 219/2005, de 12 de septiembre, FF. 2 y 3)”. Precisamente, esta penúltima sentencia que la Sala cita tiene recogida en su fundamento jurídico tercero la necesidad de mantener, en relación con la legitimación activa un criterio amplio, no restrictivo, máxime en relación con acciones interpuestas en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, declarando: “b) Más concretamente, a propósito de la falta de legitimación activa, este Tribunal Constitucional tiene declarado que, al conceder el art. 24.1 CE el derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos, está imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las Leyes procesales utilicen en orden*

a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales (SSTC 24/1987, de 25 de febrero ,F.2; 93/1990, de 23 de mayo, F.2; 195/1992, de 16 de noviembre, F.2), circunscribiéndose la función de este Tribunal Constitucional a constatar que las limitaciones establecidas, en su caso, por el legislador en la determinación de los activamente legitimados para hacer valer una pretensión respetan el contenido del derecho a acceder a la jurisdicción y resultan proporcionadas a la consecución de finalidades constitucionalmente lícitas (SSTC 10/1996, de 29 de enero , F.3; 12/1996, de 20 de enero, F.3), así como a censurar aquellas apreciaciones judiciales de falta de legitimación que carezcan de base legal o supongan una interpretación arbitraria, irrazonable o excesivamente restrictiva de la disposición legal aplicable al caso contraria a la efectividad del derecho fundamental (SSTC 285/1993, de 4 de octubre, F. 2; 34/1994, de 31 de enero, F. 3, entre otras muchas; AATC 136/1991, de 30 de abril; 250/1993, de 19 de julio; 252/1993, de 19 de julio). En relación, por lo que a este amparo interesa, con la legitimación en el proceso Contencioso-Administrativo, este Tribunal, en aplicación de la doctrina constitucional de la que se acaba de dejar constancia, tiene reiteradamente declarado que «pese a que determinar quién tiene interés legítimo para recurrir en vía Contencioso-Administrativa es una cuestión de legalidad ordinaria, los órganos jurisdiccionales quedan compelidos a interpretar las normas procesales ..., no sólo de manera razonable y razonada, sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es, conforme al principio pro actione, con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que las causas de inadmisión preservan y los intereses que sacrifican» (STC, por todas, 220/2001, de 31 de octubre, F. 4 y doctrina allí citada).

La medida que enuncio en este apartado tiene una virtualidad esencial, en la medida en que abre de manera exponencial las posibilidades de las personas con discapacidad de ejercer sus derechos en el momento actual; teniendo en mente las barreras que se han erigido al ejercicio de las acciones judiciales por la intención del legislador de restringir el acceso a la justicia gratuita, imponiendo unos baremos económicos más reducidos para acreditar

la falta de recursos para litigar¹²⁰³. Por otro lado, teniendo en cuenta el carácter universal de los derechos de las personas con discapacidad, por su condición de derecho social y por su reconocimiento internacional a través de la Convención de Naciones Unidas, este tipo de acciones va a facilitar la proscripción de conductas discriminatorias en un ámbito supranacional. Imaginemos una compañía multinacional que mantiene políticas de empleo discriminatorias contra las personas con discapacidad en un país e igualatorias en otro; una entidad que defiende los derechos de las personas con discapacidad en un país concreto podría ejercitar una acción en defensa de los intereses colectivos del grupo social de la discapacidad, incluso en beneficio de quienes no sean los beneficiarios directos de su objeto social. Se crea así una especie de jurisdicción universal de la defensa de los derechos de las personas con discapacidad. Acciones de este tipo resultarían una herramienta muy eficaz para obtener una generalización de la implantación de los derechos de las personas en riesgo de exclusión en el mundo, evitando también la doble moral con la que actúan muchas corporaciones.

4.2. La implantación generalizada de ajustes razonables

Ya he desarrollado en el Capítulo I el concepto de ajustes razonables, tal como se recoge en la Convención y el TRDPCDYS. A mi juicio, el papel que se le puede dar a esta institución como medida de acción positiva puede resultar muy eficaz para lograr los niveles de igualdad que el grupo social objeto de estudio precisa en este momento, ante las situaciones permanentes de discriminación que padecen los distintos sectores analizados. Se precisa, pues,

¹²⁰³ En la actualidad, la vigente Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (BOE 12 enero 1996, núm. 11), reconoce el derecho, con independencia de la existencia de recursos para litigar, a las personas con discapacidad psíquica cuando sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato, así como a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima, siempre que no fuera el agresor; beneficio que se pierde en caso de sentencia absolutoria firme o archivo firme del procedimiento penal, sin la obligación de abonar el coste de las prestaciones disfrutadas gratuitamente hasta ese momento (artº 2.g). Supuesto específico de beneficiario es el contenido en el artículo 5.2 de la Ley, que se refiere al reconocimiento del derecho atendiendo a las circunstancias de salud del solicitante y a las personas con discapacidad, así como a las personas que los tengan a su cargo cuando actúen en un proceso en su nombre e interés, siempre que se trate de procedimientos que guarden relación con las circunstancias de salud o discapacidad que motivan el reconocimiento. Por último, en la DA 2ª También se reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita, sin necesidad de acreditar insuficiencia de recursos para litigar, a las asociaciones de utilidad pública que tengan como fin la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad.

la articulación de un eficaz sistema basado en los ajustes razonables, institución que se aplique de forma transversal a todos los sectores. No obstante, con una matización: sobre la base de un concepto correcto de esta institución.

De la redacción ya comentada del artículo 2.m) del TRDPCDYS, resulta que su aplicación consiste en un proceso, caracterizado por las siguientes fases: 1) apreciación de una situación de riesgo de lesión para personas con discapacidad del goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de los derechos; 2) la posibilidad de llevar a cabo modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal, adaptadas a las necesidades específicas de las personas con discapacidad; 3) que las medidas antes indicadas no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica; 4) se obtenga la accesibilidad, la participación plena y garantía a las personas con discapacidad del goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de sus derechos. Del análisis que se extraiga a lo largo del proceso, puede quedar acreditada la existencia de falta de implantación de ajustes razonables y, por lo tanto, la existencia de discriminación, con la subsiguiente imposición de sanciones disciplinarias.

Uno de los artículos más relevantes, por su significación práctica, es la disposición adicional tercera del TRDPCDYS; en el mismo, se fija un calendario para el cumplimiento de las obligaciones, con plazos distintos para la exacción de las obligaciones que figura en el texto, en función de la preexistencia de determinados bienes y servicios o la susceptibilidad de realizar ajustes razonables. Sobre la base del indicado precepto, se concluye que la exigibilidad de las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación sólo se podría hacer efectiva en los plazos que he indicado en el apartado 7.1 del Capítulo I. A mi juicio, la redacción de esta disposición resulta contradictoria con la naturaleza que he apuntado anteriormente.

Son varias las cuestiones que plantea esta redacción; si tomo como ejemplo el sector de la sociedad de la información y de cualquier medio de comunicación social, resulta que las condiciones de accesibilidad son exigibles a partir del día 4 de diciembre de 2009 para los productos y servicios existentes, pero para aquéllos que sean susceptibles de ajustes razonables, lo son a partir del 4 de diciembre de 2013. Lo que parece que, en realidad, ha

querido expresar el legislador no es que los productos y servicios sean “*susceptibles de*”, sino que resulte preciso efectuar las adaptaciones a las que llama “*ajustes razonables*”. La susceptibilidad no es una característica predicable de esta institución, dado que existe una obligación de realizar esos ajustes para evitar situaciones de discriminación; circunstancia distinta es aquella conforme a la cual el producto o servicio no admita las adaptaciones necesarias ante, por ejemplo, el peligro de la destrucción del bien en concreto. En estos casos, resultaría aplicable la excepción de la carga desproporcionada. Con esta redacción se introduce una circunstancia de discrecionalidad muy peligrosa; ¿quién decide cuándo un bien es susceptible de ajuste, para que se aplique un plazo u otro?

Otra cuestión que se plantea en la práctica es: ¿cómo se puede precisar el contenido y alcance del concepto “*ajuste razonable*”, para, a la vez, poder facilitar un elemento interpretativo que permita a los órganos jurisdiccionales medir su aplicación práctica? Dos son las ideas que se pretende aportar: 1) elaboración de una guía de buenas prácticas. 2) implantación de la guía como código de conducta. A continuación se desarrollan ambas propuestas: 1) en relación con la elaboración de una guía de buenas prácticas, sin perjuicio de reconocer que difícilmente se podrán recoger la totalidad de los supuestos que pueden acontecer con relación a los ajustes razonables, se considera que podría resultar positiva la confección de guías de buenas prácticas para su aplicación en diversos ámbitos; éstas, aunque no recojan de manera exhaustiva todos los posibles supuestos en que se puedan articular esas medidas sí que podrían, a través de la vía del ejemplo, dejar sentadas una serie de pautas generales que contribuirían a delimitar el alcance del concepto de ajuste razonable. Un ejemplo de una guía de esta naturaleza se puede encontrar en el ámbito de la Ley de Americanos con discapacidad de 2008¹²⁰⁴, si bien se encuentra referido al ámbito del empleo. Igualmente, podrían resultar de utilidad para establecer un mínimo procedimiento de actuación por lo que refiere a esta institución; 2) implantación de códigos de conducta como instrumento de autorregulación del sector; los códigos de conducta se pueden definir como documentos de carácter voluntario, que incluyen un conjunto de

¹²⁰⁴ texto disponible en www.eeoc.go/policy/docs/accommodation.html.

principios, reglas o, en definitiva, buenas prácticas, certificables por una tercera parte independiente, en cuya redacción se han tenido en consideración los intereses de las asociaciones de personas con discapacidad, que disciplinan las materias en las que se va a implantar. Son códigos deontológicos o de buena práctica profesional cuya adhesión es de carácter voluntario; no obstante, resultan vinculantes para quienes se adhieran a los mismos. Esta práctica, inicialmente anglosajona, ha quedado incorporada en el acervo comunitario y, por derivación en el ordenamiento jurídico de los países miembros, al figurar recogida en el artículo 8.2 y 8.3, 10.2, 16 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. La Directiva 97/7/CE de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, recogía, en su Considerando 18 que era importante que las normas vinculantes que contemplaba la Directiva se completasen con *“disposiciones voluntarias de los profesionales, en el sentido de la Recomendación 92/295/CEE de la Comisión, de 7 de abril de 1992, relativa a códigos de conducta para la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia”*; acogiendo este sistema de control como un instrumento que facilitaba una protección óptima del consumidor, por lo que consideraba importante que el consumidor fuese informado debidamente de los códigos de conducta que pudieran existir en el ámbito de la Directiva (Considerando 19). La proliferación de preceptos da cuenta de la importancia que las instituciones europeas brindan a este instrumento jurídico, como herramienta de control, optando por la solución que se abre a la participación de las asociaciones de consumidores, frente a modelos corporativos. Precedentes legislativos en el ordenamiento español de instituciones como ésta puede destacarse en la Ley 34/2002, de 11 julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (BOE 12 julio 2002, núm. 166), que recoge en el Capítulo II, del Título V, art. 32, como un instrumento de solución extrajudicial de conflictos, además del arbitraje, los procedimientos que se instauren por medio de códigos de conducta u otros instrumentos de autorregulación. El contenido material viene regulado en el artículo 18 de la Ley, al prescribir en el segundo párrafo del artículo que: *“Los*

códigos de conducta podrán tratar, en particular, sobre los procedimientos para la detección y retirada de contenidos ilícitos y la protección de los destinatarios frente al envío por vía electrónica de comunicaciones comerciales no solicitadas, así como sobre los procedimientos extrajudiciales para la resolución de los conflictos que surjan por la prestación de los servicios de la sociedad de la información". Se garantiza en su elaboración la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y la de las organizaciones representativas de personas con discapacidades físicas o intelectual, cuando afecten a sus respectivos intereses (pár. 2). Mención especial para el legislador merece la protección de los menores y de la dignidad humana, previendo la elaboración de códigos específicos sobre estas materias (ap. 2, pár. 2). La disposición final octava de la Ley prevé que se desarrolle un distintivo que permita identificar a los prestadores de servicios que respeten los códigos de conducta adoptados con la participación del Consejo de Consumidores y Usuarios, y que incluyan, entre otros contenidos, la adhesión al Sistema Arbitral de Consumo o a otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos que respeten los principios establecidos en la normativa comunitaria sobre sistemas alternativos de resolución de conflictos con consumidores. Este desarrollo reglamentario se ha operado mediante el Real Decreto 292/2004, de 20 de febrero, por el que se crea el distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico y se regulan los requisitos y procedimiento de concesión, luego derogado por el vigente Real Decreto 1163/2005, de 30 septiembre (BOE 8 octubre 2005, núm. 241). El Real Decreto se aplica a las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores que adopten códigos de conducta destinados a regular las relaciones entre prestadores de servicios de la sociedad de la sociedad de la información que hagan uso de dicho distintivo (art. 3). De conformidad con su artículo 4, los códigos de conducta, previendo un ámbito nacional o superior, deben estar redactados en términos claros y accesibles, e *"incluir, como mínimo, con suficiente grado de precisión: a) Las garantías concretas que ofrecen a los consumidores y usuarios que mejoren o incrementen las reconocidas por el ordenamiento jurídico. b) Un sistema de resolución extrajudicial de conflictos de entre los previstos en el artículo 7. c) Los compromisos específicos que asumen los prestadores de servicios*

adheridos en relación con los problemas concretos planteados a los consumidores y usuarios del sector, identificados según la información de los promotores del código y la que, al efecto, les faciliten las asociaciones de consumidores y las Administraciones públicas sobre las reclamaciones presentadas por los consumidores y usuarios. d) El ámbito de las actividades del prestador de servicios sometidas al código, que, al menos, englobará alguna de las siguientes áreas: las comunicaciones comerciales o la información precontractual, la contratación y los procedimientos de solución de quejas o reclamaciones, cuando éstos sean distintos de los sistemas de resolución extrajudicial de conflictos a los que se refiere el artículo 7". Pudiendo comprender otros contenidos de carácter complementario.

De conformidad con el indicado artículo 7, estos códigos de conducta que pretendan obtener el *"distintivo público de confianza en línea"* deberán establecer, como medio de solución de controversias entre los prestadores de servicios y los consumidores y usuarios, el sistema arbitral de consumo u otro sistema de resolución extrajudicial de conflictos que figure en la lista que publica la Comisión Europea sobre sistemas alternativos de resolución de conflictos con consumidores. El RD prevé, asimismo, un sistema de supervisión de su cumplimiento y un régimen de sanción que se puede traducir en la pérdida del distintivo (art. 8). Una cuestión a estudiar es el valor normativo de estos códigos; al respecto, como pactos válidos, tendrían la fuerza obligatoria que les otorga el artículo 1255 del Código Civil, sobre la base del principio de autonomía de la voluntad.

Otros ejemplos de códigos éticos son el Código Ético de Protección de Datos y el Código Regulador del Servicio de Listas Robinson, que fueron editados por la Asociación Española de Marketing Directo (AEMD) y que son válidos para todo el sector. Otros dos de carácter más específico son el Código Ético del Sector de la Venta por Correo en España (AVD) y el Código Ético de la Asociación Española de Empresas de Servicios de Publicidad Directa (PD&BD). Se ha elaborado un código específico para las agencias de Publicidad Especializadas en Marketing Directo (AGEMD). En el ámbito del tratamiento de datos de carácter personal se ha creado un Código ético de Protección de Datos Personales en Internet por la Asociación Española de Comercio Electrónico (AECE). Fruto de la iniciativa del legislador se prevé la

creación de este sistema de control en la Ley 7/1996, de 15 enero, de Ordenación del Comercio Minorista (BOE 17 enero 1996, núm. 15), en cuya exposición de motivos (pár. 3) declara que el texto legal representa “...un marco legal de mínimos, que podrá completarse con los códigos de conducta que libremente surjan en el sector para su autorregulación”. En el sector bancario se han ejercido varias acciones en el ámbito comunitario, como la Recomendación 87/598/CEE de 8 de diciembre de 1987 sobre un Código Europeo de Buena Conducta en materia de pago electrónico (relaciones entre organismos financieros, comerciantes-prestadores de servicios y consumidores), y el Código de Buena Conducta del sector bancario europeo de noviembre de 1990.

¿Resultaría extrapolable la vigencia de Códigos de esa naturaleza a la aplicación de ajustes razonables a las personas con discapacidad? A mi juicio sí, pues no sólo la misma tiene virtualidad por la aplicabilidad directa que la suscripción de un instrumento tiene respecto de las empresas adheridas, ya sea mediante declaración individual, sino también por la adhesión sectorial que se pueda alcanzar mediante la firma de ese compromiso por sus representantes; paralelamente, en caso de litigio, la adhesión traería consigo la adscripción al procedimiento arbitral regulado por el Real Decreto 1417/2006, de 1 diciembre que, conforme dispone su artículo 1 tiene carácter voluntario. La implantación de esta fórmula facilitaría la puesta en marcha del sistema de arbitraje previsto en la LIONDAU para las personas con discapacidad que, hasta la fecha, no se ha producido¹²⁰⁵. Otra gran ventaja resulta su facilidad para ser modificado con el fin de incluir en su seno nuevos compromisos y prescripciones. Por otro lado, la aprobación de estos instrumentos facilita criterios de interpretación a los órganos judiciales, para enjuiciar las situaciones de discriminación en caso de litigio, respecto de las empresas no adheridas.

En relación con los restantes ámbitos acogidos en el texto de la Convención, tales como justicia y educación, en la medida en que sobre ellos se plasma la soberanía del Estado, no es posible la solución que apunto de la

¹²⁰⁵ El TRDPCDYS prevé en su artículo 74 la previsión de establecimiento de un sistema arbitral para que “sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación, siempre que no existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y judicial que en cada caso proceda”.

implantación de los códigos de conducta, por su carácter de derecho público, e indisponible, en consecuencia; no obstante, entiendo al respecto, que sería factible la incorporación de la institución a los respectivos textos normativos, quedando su concreción al arbitrio de las situaciones de hecho de cada caso, incidiendo en todo caso en aspectos tales como los “*ajustes*” que procuren la accesibilidad en el entorno y la comunicación en el seno de los procesos judiciales, incluso en el caso de estancias en establecimientos penitenciarios, como ya he analizado anteriormente en relación con la accesibilidad de estos centros y los efectos lesivos que su falta genera en los derechos de los internos con discapacidad. En cuanto a la educación, los “*ajustes*” deberían incidir en aspectos como los dos indicados anteriormente, a los que se debería añadir los ajustes curriculares que afectan directamente al contenido educativo. Indudablemente, incluso en estas materias, la adopción de una solución como la apuntada anteriormente serviría como pauta interpretativa, a la hora de enjuiciar la aplicación de esas mismas medidas en estos otros sectores.

Otra de las medidas que contribuiría a implantar definitivamente esta institución sería la adopción de medidas coactivas en el ámbito de las subvenciones públicas. De esta forma, se podría excluir del acceso a las subvenciones o ayudas de cualquier tipo a las personas físicas o jurídicas incumplidoras de las normas que favorezcan a las personas con discapacidad o que realicen actos discriminatorios o contrarios a la dignidad de las personas, en general, y de la aplicación de los ajustes razonables, en particular. Por una parte, la realización de actos discriminatorios puede ser constitutiva de delito, de acuerdo con los artículos 510 a 512 del Código Penal, dada su gravedad y la alarma social que originan dichas actividades. En ámbitos como el laboral, la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social¹²⁰⁶ tipifica y califica como muy graves o graves las conductas empresariales, respectivamente, discriminatorias o que vulneren las normas que favorecen a las personas con discapacidad. Sería una burla a las leyes que sujetos, personas físicas o jurídicas, que han sido condenados en el orden penal o sancionados en vía administrativa por tan graves conductas, obtengan beneficios o subvenciones como “*premio*” a su comportamiento, censurado, sin embargo, por las normas

¹²⁰⁶ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (BOE 8 agosto 2000, núm. 189).

penales o de otros órdenes. En otros ámbitos, como el de la Ley Reguladora del Derecho de Asociación¹²⁰⁷, se pretende por el legislador excluir de cualquier subvención o ayuda a aquéllas que promuevan el odio o la violencia, con base en la sanción penal de dichas conductas (anteproyecto de la reforma de la Ley General de Subvenciones).

4.3. La asignación de un papel activo al defensor del pueblo en la defensa de los DESC

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (48º período de sesiones, celebradas 30 de abril a 18 de mayo de 2012), Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a España, ha situado el empleo de las personas con discapacidad como un punto de atención en sus últimas Observaciones a España, declarando como principales motivos de preocupación y recomendaciones, entre otras: *“7. Al Comité le preocupa que, en su mandato, el Defensor del Pueblo carece de una referencia a la promoción de los derechos humanos y a la educación en materia de derechos humanos. También le preocupa que la Defensoría del Pueblo no tenga la capacidad para llevar quejas individuales por violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales ante los tribunales. El Comité recomienda al Estado parte que extienda la competencia de la Defensoría del Pueblo a la promoción de los derechos humanos y a la educación en la materia, así como a la facultad de presentar casos ante los tribunales”*¹²⁰⁸.

En nuestro país, el Defensor del Pueblo es el alto comisionado de las Cortes Generales designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución, a cuyo efecto puede supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales. Ejerce las funciones que le encomienda la Constitución y la Ley¹²⁰⁹. En este sentido figura redactado el artículo 1 de la Ley Orgánica, 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo (BOE 7/05/1981), así como el art. 1.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo, de 6 de abril de 1983 (BOE 18/04/1983). Se trata de una institución parlamentaria, ajena y externa a

¹²⁰⁷ LO 1/2002, de 22 de marzo (BOE 26 marzo 2002, núm. 73).

¹²⁰⁸ E/C.12/ESP/CO/5. Apartado 7.

¹²⁰⁹ Art. 1 de la LO 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo (BOE 07/05/1981) y artículo 54 de la Constitución Española.

la Administración supervisada. Ejerce un control no jurisdiccional, exterior e independiente de cualquier poder de Estado¹²¹⁰.

Se trata, como manifiesta CASCAJO CASTRO, citando a BENVENUTI, de una institución que surge y cobra más sentido allí donde la relación entre el Estado y los ciudadanos atiende sólo al lado formal y descuida el sustancial; es decir donde la regulación normativa olvida que la relación jurídico-pública no es siempre reconducible a una posición disciplinada por una norma de Derecho¹²¹¹. Se trata de una garantía institucional más de los derechos fundamentales, que se añade a los conocidos medios de control parlamentario sobre el poder ejecutivo, sin olvidar que su función no es de fiscalización del gobierno, sino de la Administración Pública¹²¹². Como dice el profesor CASCAJO CASTRO, citando a RUIZ GIMÉNEZ: *“Si llevamos esta argumentación al campo de los derechos sociales y económicos que tan ampliamente reconoce la Constitución española vigente, el nivel de insuficiencia descrito alcanza las mayores cotas. Y es preciso reflexionar sobre este punto, habida cuenta que autor tan autorizado en la materia, como el Prof. RUIZ GIMÉNEZ, encuentra en la tutela de estos derechos, la justificación final que da sentido al Defensor del Pueblo”*¹²¹³.

El ámbito material en el que se mueve la Institución son los derechos que figuran comprendidos sistemáticamente en el Capítulo IV del Título I, bajo la denominación de *“las garantías de las libertades y derechos fundamentales”*; ese Capítulo queda incluido en el Título I de la Constitución Española. La Institución indicada debe abarcar, pues, en su ámbito competencial los DESC. Este aspecto resulta determinante a los efectos que persigo en el trabajo, dado que la Institución debe asumir un papel de referencia en relación con su ámbito material de actuación, en los supuestos en que se produzca un incumplimiento de las obligaciones públicas. Inicialmente, la función que le atribuye la Constitución resulta una función *“supervisora”*, es decir, analiza la actuación de las Administraciones Públicas sobre la base de las quejas formuladas por los

¹²¹⁰ ROVIRA VIÑAS, A (director). *Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo*. Ed. Aranzadi. 2002. Pág. 205.

¹²¹¹ CASCAJO CASTRO, J.L. *“Los Defensores del Pueblo en el Estado Social y Democrático de Derecho: una perspectiva teórica”*. Ob. Cit. Pág. 43.

¹²¹² Idem. Pág. 47.

¹²¹³ Idem. Pág. 50.

ciudadanos y ciudadanas. De naturaleza distinta a la función anterior, el Defensor del Pueblo también desempeña la función jurisdiccional, al encontrarse legitimado para la interposición del recurso de inconstitucionalidad y de amparo (art. 29 LO 3/1981). Mediante el recurso de amparo se protege a los ciudadanos y ciudadanas frente a las violaciones de los derechos y libertades contenidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución Española, ubicados sistemáticamente en el Capítulo segundo del Título Primero, y el artículo 30, sobre la objeción de conciencia. La lesión puede provenir de normas, actos jurídicos o simple vía de hecho, entendiendo por esta última los actos de los funcionarios y agentes de la Administración faltos de cobertura legal, de los poderes públicos del Estado, las Comunidades autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes. El recurso de amparo tiene un alcance limitado, pues no puede hacerse valer otra pretensión que restablecer los derechos o libertades que se consideran lesionados. La interposición del recurso se lleva a cabo en los supuestos del artículo 42 de la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE 5/10/1979), contra las decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

A mi juicio, uno de los vacíos legales más importantes desde el punto de vista del respeto a los derechos de las personas con discapacidad, es la actuación de esta Institución no en el caso de acción, sino de omisión; es decir, cuando el poder político no adopta las iniciativas legislativas correspondientes¹²¹⁴. Los DESC también pueden entenderse vulnerados por omisión, pues en aplicación del Principio II de las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a las que he aludido anteriormente, apartado 15, incluye como violaciones: *“las siguientes: a) el hecho de no adoptar las medidas apropiadas según lo dispuesto en el Pacto; b) el hecho de no reformar o no derogar disposiciones legislativas que son manifiestamente incompatibles con una obligación*

¹²¹⁴ Para remediar esta situación la LRJCA prevé un recurso específico como el contenido en su artículo 25.2, contra la inactividad de la Administración.

enunciada en el Pacto; c) el hecho de no poner en vigor disposiciones legislativas o de no poner en práctica políticas destinadas a hacer efectivas las disposiciones del Pacto; d) el hecho de no regular las actividades de individuos o grupos a fin de impedir que violen los derechos económicos, sociales y culturales; e) el hecho de no utilizar al máximo los recursos disponibles para la plena aplicación del Pacto; f) el hecho de no velar por la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales con la elaboración y aplicación de criterios e indicadores que permitan evaluar el cumplimiento; g) el hecho de no eliminar con prontitud los obstáculos que tenga el deber de suprimir para hacer posible el ejercicio inmediato de un derecho garantizado por el Pacto; h) el hecho de no hacer efectivo sin demora un derecho que ha de reconocer inmediatamente según lo dispuesto en el Pacto; i) el hecho de no ajustarse a una norma internacional mínima que es de aceptación general y que está al alcance de sus posibilidades; j) el hecho de que un Estado no tenga en cuenta sus obligaciones jurídicas internacionales en la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales cuando concierte acuerdos bilaterales o multilaterales con otros Estados, organizaciones internacionales o empresas multinacionales”.

De conformidad con lo que dispone el artículo 41.2 de la Ley Orgánica indicada, el Defensor del Pueblo podría formalizar recurso de amparo en estos supuestos pues la eficacia del recurso se extiende a aquéllos en que las violaciones son originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones, o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios. En relación con el recurso de inconstitucionalidad (art. 32.1 LO 2/1979), está legitimado el Defensor del Pueblo cuando la lesión proviene de los Estatutos de Autonomía y demás Leyes del Estado, orgánicas o en cualesquiera de sus formas, y disposiciones normativas y actos del Estado o de las Comunidades autónomas con fuerza de Ley.

El profesor CASCAJO CASTRO formula su propuesta de reactivación de la Institución sobre la base de, precisamente, esta última función; la cual, al margen de cuál sea su uso, adquiere en su opinión una notable importancia. Declara al respecto: *“No comparto ni las suspicacias ni los recelos que ha*

levantado esta competencia traducida en la legitimación activa del Defensor del Pueblo para recurrir en amparo o a través de la vía del recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. La deseada moderación y prudencia que debe presidir el ejercicio de esta colaboración en una acción judicial ante el Alto Tribunal, no puede llevar a una minoración avergonzante de la misma. ¿Qué obstáculos existen para que la «auctoritas» de la institución se ponga al servicio de esta iniciativa, en defensa del interés general y del interés de la Constitución? ¿Qué razones hay para que un órgano al margen de la contienda parlamentaria y partidista y desde un estudio exhaustivo del asunto, no utilice la vía del recurso de inconstitucionalidad? El sistema no está tan colmado de instancias objetivas en defensa de los derechos ciudadanos, como para postergar uno de los mecanismos de la legitimación activa para acudir al Tribunal Constitucional, por la vía del recurso, ya de por sí bastante limitada. Y por lo que respecta al recurso de amparo añádase el razonamiento anterior, la necesaria colaboración con el Fiscal General del Estado”¹²¹⁵.

En aplicación del artículo 30 de la LO, el Defensor del Pueblo, con ocasión de sus investigaciones, podrá formular a las autoridades y funcionarios de las Administraciones Públicas advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y sugerencias para la adopción de nuevas medidas. Asimismo, en sus funciones figura la facultad de efectuar propuestas y sugerencias de modificación normativa, incluso al Parlamento, cuando cree que es posible adaptar una ley para lograr su mejor conformidad con los principios constitucionales y, muy especialmente, con el catálogo de derechos y libertades fundamentales que estructura el sistema democrático (art. 28.2 LO). Lo que no regula la LO son los supuestos en que se produzca una omisión de la carga legislativa por parte del Parlamento.

Hasta el momento, la labor de control se extiende exclusivamente sobre las Administraciones Públicas; no obstante, en el ámbito que analizo, resulta trascendente la función de control que puede llevar a cabo de los concesionarios de servicios, pues en aplicación del artículo 28.3 de la LO, “3. Si las actuaciones se hubiesen realizado con ocasión de servicios prestados por

¹²¹⁵ CASCAJO CASTRO, J.L. “Los Defensores del Pueblo en el Estado Social y Democrático de Derecho: una perspectiva teórica”. Ob. Cit. Pág. 52.

particulares en virtud de acto administrativo habilitante, el Defensor del Pueblo podrá instar de las autoridades administrativas competentes el ejercicio de sus potestades de inspección y sanción". Ya he indicado que uno de los sectores de la actividad privada en el que de forma más extendida se infringen los derechos de las personas con discapacidad son los servicios públicos gestionados por concesionarios privados.

Otra de las funciones que le pueden ser atribuidas a esta institución es la promoción y apertura de canales de información y comunicación, directa y bidireccional, entre ella y las redes del Tercer Sector social que tienen por objeto la asistencia social a las personas con discapacidad, para la defensa y promoción del ejercicio de los DESC de las personas en situación o riesgo de exclusión, desprotección, o con discapacidad, coadyuvando a que el Tercer Sector, con la ayuda institucional del Defensor del Pueblo se convierte en un instrumento de control del poder político. Esta propuesta se alinea con la valoración crítica que han efectuado grupos de análisis internacional sobre los derechos humanos, y que, respecto de las Instituciones Nacionales sobre Derechos Humanos, han puesto de manifiesto, desde el punto de vista práctico, las estrategias siguientes con el fin de incrementar su eficacia: 1) identificar áreas de exclusión y elaborar propuestas de políticas para abordarlos; 2) mantener el pulso de las políticas gubernamentales en relación con los derechos económicos, sociales y culturales; 3) aceptar casos que amplíen el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales; 4) identificar formas apropiadas de hacer que los derechos económicos, sociales y culturales sean justiciables¹²¹⁶.

Del análisis del Informe del año 2013, la Institución sí ha llevado a cabo actuaciones en relación con los derechos del Capítulo III en algunos aspectos, fundamentalmente referidos a la función del control de la supervisión de la actividad de las administraciones públicas. Esta función se plasma en sugerencias y recomendaciones que no dejan de sorprender por su comedimiento. A mi juicio, el papel que ha de desempeñar debe resultar mucho más inquisitivo. Una situación clara de discriminación se resuelve de la manera

¹²¹⁶Consejo Internacional para la Política sobre los derechos humanos (ICHRP). *"Desempeño y legitimidad"*. Resumen de resultados. Versoix (suiza). 2007. Disponible en el sitio <http://www.ichrp.org/es>. Pág. 12.

siguiente: *“Se han formulado dos recomendaciones para que se establezcan, en colaboración con el Consejo Nacional de la Discapacidad, medidas para adecuar el contenido de las entrevistas, en los procedimientos de adquisición de nacionalidad española por residencia a las necesidades específicas de las personas con discapacidad psíquica, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad y se elaboran medidas de acción positiva específicas para prevenir y compensar las desventajas o especiales dificultades que sufren las personas con discapacidad psíquica en estos procedimientos, atendiendo igualmente a los diferentes tipos y grados de discapacidad”*¹²¹⁷. Este pronunciamiento refleja el carácter devaluado con el que actúa la Institución.

La trayectoria institucional del Defensor del Pueblo no puede quedar en una mera atribución de funciones que poco o nada resultado produce en el funcionamiento de la actividad política; debe convertirse en un auténtico motor de los cambios institucionales que resulten necesarios para evitar que los grupos en riesgo de exclusión continúen sin ejercer sus derechos de forma plena. Resulta muy preocupante que, como he destacado, las Administraciones Públicas reconozcan que no se ha implantado en nuestro país un sistema sancionador en defensa de los derechos de las personas con discapacidad y no se haya podido subsanar este déficit democrático. El Defensor del Pueblo puede advertir esta situación y promover los cambios legislativos que resulten precisos, incluso en su propia Ley Orgánica, para evitar que la situación se perpetúe. En su Informe a las Cortes Generales puede formular más que una recomendación, una queja denunciando la omisión, dado que la situación que la misma crea resulta insostenible.

Como de forma clarividente expone el profesor CASCAJO en el artículo citado varias veces en este apartado, se trataría de que la Institución: *“Puede proponer medidas, como sostiene alguno, amortiguadoras que compensen la reducción de las prestaciones que contienen estos derechos sociales. Nada impide tampoco que sugiera un ejercicio prudente de la función legislativa o que por el contrario se comporte como estímulo corrector de la inconstitucionalidad por omisión. Las recomendaciones a las Cámaras para*

¹²¹⁷ DEFENSOR DEL PUEBLO. *“Informe anual a las Cortes Generales”*. Año 2013. Versión on-line. Disponible en internet en : http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/Documentos/Informe_2013.pdf. Pág. 225

que hagan las oportunas modificaciones legislativas, se convierten aquí en un instrumento cuyos efectos deben confiarse a la propia experiencia práctica. El denso y maximalista programa normativo del título I de la Constitución ofrece un marco de actuación inagotable. Cabe aquí una concreta tutela de este tipo de situaciones relevantes que trascendiendo el específico momento individual, se elevan a la más amplia dimensión de los intereses colectivos. Se estaría entonces buscando alcanzar el umbral de madurez de la institución. Una institución que va creando nuevos y atípicos espacios y modalidades de intervención” ¹²¹⁸.

Recientemente, se ha tenido noticia de que el Defensor del Pueblo ha interpuesto un recurso de amparo ante Tribunal Constitucional contra una sentencia del Tribunal Supremo del 16 de febrero sobre el derecho de acceso al empleo público de las personas con discapacidad; al respecto, el Defensor considera que existe jurisprudencia contradictoria al respecto, habiéndose recogido en el comunicado que ha sido difundido que la institución que dirige en este momento doña Soledad Becerril argumenta que el Supremo en su sentencia "no protege suficientemente" a este colectivo al realizar una interpretación "restrictiva" de los requisitos por los que se accede desde el turno especial de discapacidad; como recoge la noticia, fue el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) el que instó a la institución a que solicitara el amparo del Constitucional¹²¹⁹. Este resulta un ejemplo práctico de las sugerencias formuladas en este apartado; lo deseable es que la institución "motu proprio" lleve a cabo esta intervención, sin esperar a la iniciativa de la sociedad civil. Ninguna medida de las posibles resulta superflua cuando se encuentran estas personas en una situación de exclusión social tan grave.

4.4. El mantenimiento de una reserva competencial en favor del Estado para garantizar la igualdad de las personas con discapacidad

Se asiste a un momento de grave peligro institucional, por cuanto se puede producir el desmantelamiento de la acción asistencial del Estado, ante el

¹²¹⁸ CASCAJO CASTRO, J.L. "Los Defensores del Pueblo en el Estado Social y Democrático de Derecho: una perspectiva teórica". Ob. Cit. Pág. 50.

¹²¹⁹ Noticias CERMI (fuente Europa Press). 08.04.2015. Consulta disponible en <http://www.cermi.es/es-ES/Noticias/Paginas/Inicio.aspx?TSMEIdNot=6413>. Efectuada: 09.04.2015.

esquema de distribución de competencias que emana de la Constitución y la interpretación que al respecto ha dado el Tribunal Constitucional. Voy a tratar en este capítulo de uno de los aspectos a través de los que se desenvuelve la satisfacción de los derechos de las personas con discapacidad; como manifiesta DE ASÍS ROIG, los derechos de estas personas constituyen por sí una materia (como el resto de los derechos) que difiere de la asistencia social¹²²⁰; no obstante, ser la asistencia social un aspecto, la libertad promocional, mediante el que se instrumentaliza la satisfacción del principio de igualdad y la libertad de este grupo humano. Centrada así esta cuestión, como punto de partida para su análisis y estudio, la acción estatal en virtud de la cual se promueven la mejora de las condiciones de las personas en riesgo de exclusión se encuadraría, salvando las cuestiones doctrinales apuntadas, bajo el concepto “*asistencia social*”, y se articula por medio del reconocimiento de determinados derechos sociales en relación con un aspecto de la igualdad de las personas con discapacidad, como es la situación que se genera ante situaciones de necesidad.

La primera cuestión a determinar es, pues, qué debe considerarse como “*asistencia social*” a estos efectos. La misma es una de las manifestaciones del interés general, como he indicado en el Capítulo I de este trabajo. Al respecto, existe un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, representado por la sentencia nº 146/1986, de 25 de noviembre de 1986, que tiene carácter paradigmático: (FJ 2º) “*...Siguiendo la pauta de algunos instrumentos internacionales como la Carta Social Europea, lo que deba entenderse por Asistencia Social, en sentido abstracto, abarca una técnica de protección fuera del sistema de la Seguridad Social, con caracteres propios, que la separan de otras afines o próximas a ella. Uno de estos caracteres típicos es su dispensación por entes públicos o por organismos dependientes de entes públicos, cualesquiera que estos sean. La Asistencia Social viene conformada como una técnica pública de protección, lo que la distingue de la clásica beneficencia, en la que históricamente halla sus raíces*”. A continuación, el Tribunal declara: “*Esta noción no sólo comprende a la asistencia dispensada por entes públicos que la definen y la prestan, sino también a la dispensada por*

¹²²⁰ DE ASÍS ROIG, R. “*Sobre discapacidad y derechos*”. Ob. Cit. Págs. 95.

entidades privadas, caso en que los poderes públicos desempeñan sólo funciones de fomento o de control". Al respecto, el criterio que sigue el Tribunal resulta, a mi juicio, insuficiente. En una reciente sentencia de fecha 31 de enero de 2013 (STC 23/2013), el Tribunal formula una declaración muy ilustrativa de la cuestión que estoy analizando. En la misma, el Tribunal resuelve un conflicto de competencia promovido por la Junta de Castilla y León contra el Estado, en relación con el Real Decreto 918/2006, que reguló la concesión directa de subvenciones a ayuntamientos para proyectos de acción social a favor de personas mayores en situación de dependencia. En el fallo de la sentencia, el TC estima el conflicto competencial y declara que la competencia corresponde aquí a la Comunidad Autónoma; considera que la materia controvertida – ayudas para atender necesidades sociales urgentes de personas mayores dependientes- se encuadra en el ámbito de la *"asistencia social"*, materia sobre la cual la Comunidad Autónoma ostenta competencia exclusiva. En su fundamento jurídico 3 reconoce, mediante un reenvío a lo que el Tribunal considera una doctrina reiterada, que la noción de asistencia social no se encuentra precisada en el texto constitucional y que, sobre la base de la práctica nacional e internacional, el constituyente maneja un concepto representado por *"...una técnica de protección situada extramuros del Sistema de la Seguridad Social, con caracteres propios, que la separan de otras afines o próximas a ella. Se trata de un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza el sistema de Seguridad Social y que opera mediante técnicas distintas de las propias de ésta."*; cita sus sentencias 79/86, de 5 de junio, 146/1986, de 25 de noviembre, 239/2002, de 11 de diciembre, 178/2011, de 8 de noviembre, 362012, de 15 de marzo.

En la Sentencia núm. 37/1994 de 10 febrero (FJ 3) el Tribunal Constitucional califica la función contenida en el artículo 41 de protección de los ciudadanos y ciudadanas ante situaciones de necesidad como *"una función del Estado"*, rompiéndose en buena parte la correspondencia prestación-cotización propia del seguro privado, superada por la dinámica de la función protectora de titularidad estatal (SSTC 103/1983, fundamento jurídico 3.º y 65/1987, fundamento jurídico 17, entre otras); por otro lado, declara que ese mismo precepto consagra en forma de garantía institucional un régimen público *"cuya*

preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo...un núcleo o reducto indisponible por el legislador” [STC 32/1981; fundamento jurídico 3.º], de tal suerte que ha de ser preservado *“en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”* (SSTC 26/1987, fundamento jurídico 4.º, y 76/1988, fundamento jurídico 4.º). Esta declaración refleja la aceptación por el Tribunal de que determinados derechos sociales tienen un contenido parejo a los demás derechos fundamentales.

El artículo 12 de la derogada LISMI dispuso que en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Ley, se regularía por Decreto un sistema especial de prestaciones sociales y económicas para las personas con discapacidad que, por no desarrollar una actividad laboral, no estén incluidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social. En dicho Decreto se especificarían las condiciones económicas que debían reunir los beneficiarios de las distintas prestaciones. Conforme dispone el apartado 2 de este mismo artículo, la acción protectora de dicho sistema comprendería al menos: a) asistencia sanitaria y prestación farmacéutica, b) subsidio de garantía de ingresos mínimos, c) subsidio por ayuda de tercera persona, d) subsidio de movilidad y compensación para gastos de transporte, e) recuperación profesional, f) rehabilitación médico-funcional. La orientación de la LISMI sigue, por lo tanto, la inicial orientación recogida por el Tribunal Constitucional de definir como prestación asistencial toda aquella al margen del sistema de Seguridad Social. Definición ésta que, como ya ha quedado dicho anteriormente, se debería entender superada; máxime desde la ratificación de la Convención específica de la ONU, de lo que el Tribunal Constitucional parece no haberse dado cuenta.

El propio Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado en virtud de Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (BOE nº 29.06.1994), recoge en el apartado 2 del artículo 38 una declaración, según la cual la asistencia social resultaría un conjunto de prestaciones complementarias a las comprendidas en el apartado 1; es decir, las representadas por: a) la asistencia sanitaria; b) la recuperación profesional; c) prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia

natural, cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, invalidez en sus modalidades contributiva y no contributiva, jubilación, en sus modalidades contributiva y no contributiva, desempleo en sus niveles contributivo y asistencial, muerte y supervivencia, así como las que se otorguen en las contingencias y situaciones especiales que reglamentariamente se determinen por Real Decreto, a propuesta del Ministro de Empleo y Seguridad Social (Trabajo e Inmigración, tal como figura en el texto) d) prestaciones familiares, en sus modalidades contributiva y no contributiva; e) las prestaciones de reeducación y rehabilitación de personas con discapacidad y de asistencia a la tercera edad, conforme dispone el artículo 53 y 54 del Texto Refundido. Quiere ello decir, por lo tanto, que, por la propia aplicación del precepto indicado, el sistema de prestaciones de asistencia social, en contra de lo apreciado por el Tribunal Constitucional, no es que resulte “*extramuros*” del Sistema de Seguridad Social, sino “*extramuros*” del catálogo de prestaciones básicas del sistema. El artículo 55.1 del propio texto indica que estas prestaciones consistirán en los servicios y auxilios económicos que, en atención a estados y situaciones de necesidad, se consideren precisos, previa demostración, salvo en casos de urgencia, de que el interesado carece de los recursos indispensables para hacer frente a tales estados o situaciones. En aplicación del artículo 56 del texto legal, las ayudas asistenciales comprenderían, entre otras, las que se dispensen por tratamientos o intervenciones especiales, en casos de carácter excepcional; por pérdida de ingresos como consecuencia de la rotura fortuita de aparatos de prótesis, y cualesquiera otras análogas cuya percepción no esté regulada en la Ley ni en las normas específicas aplicables a los Regímenes Especiales. Es decir, la propia Ley establece un catálogo de prestaciones abierto, vinculado a una situación de necesidad. Es decir, un conjunto de recursos mínimos garantizados, en el sentido que reconoce el artículo 13 y 14 de la Carta Social Europea¹²²¹. En este mismo sentido figura redactado el artículo 2.4.c) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (BOE 18 noviembre 2003, núm. 276), en el que declara que quedarán excluidas, “*en la medida en*

¹²²¹ “13. Todos aquellos que no tengan recursos suficientes tienen el derecho a asistencia social y médica..

14. Todos tienen el derecho a beneficiarse de servicios de bienestar social”.

que resulten asimilables al régimen de prestaciones no contributivas del Sistema de Seguridad Social, las prestaciones asistenciales..., así como las prestaciones a favor de los afectados por el virus de inmunodeficiencia humana y de los minusválidos”.

Como ya he indicado anteriormente, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 96.1 de la Constitución Española y, “*sensu contrario*” el artículo 1.5 del Código Civil, siendo las normas contenidas en los Tratados Internacionales de aplicación directa en el ordenamiento jurídico español, una vez que las mismas son ratificadas y publicadas en el BOE, la Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961 resulta de aplicación y vincula al Estado español. En su artículo 13 trata el derecho a la asistencia social y médica, recogiendo en el apartado 3º, lo siguiente: *“Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica, las partes contratantes se comprometen:...3. A disponer lo preciso para que todas las personas puedan obtener por medio de servicios adecuados, públicos o privados, el asesoramiento y ayuda personal necesarios para prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar”.* Asimismo, en su artículo 14 (derecho a los beneficios de los servicios sociales), declara: *“Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a beneficiarse de los servicios sociales, las partes contratantes se comprometen: ... 1. A fomentar u organizar servicios que, utilizando los métodos de un servicio social, contribuyan al bienestar y al desarrollo de los individuos y de los grupos en la comunidad, así como a su adaptación al medio o entorno social”.*

Es por ello que, sobre la base de las normas analizadas, se pueden extraer varias conclusiones: 1) la asistencia social se fundamenta en una situación de necesidad personal; 2) la finalidad de la labor asistencial persigue la contribución al bienestar y desarrollo personal de los individuos y grupos en la comunidad; 3) la finalidad comparte asimismo la inclusión social, eliminando las barreras que el propio entorno social crea; 4) es obligación de los poderes públicos la satisfacción de ese compromiso; 5) la labor indicada constituye un fin de interés general; 6) se fundamenta en la concepción del Estado español, como un Estado de derecho y de carácter social; 7) son beneficiarios de esta actividad, por aplicación del artículo 7, apartados 1, 3, 4 y 5 del Texto Refundido de la LGSS los españoles, residentes o no en territorio español, y las personas de nacionalidad extranjera, respecto de quienes resulta de

aplicación el régimen, en función de lo que dispongan los Tratados, Convenios, Acuerdos o instrumentos ratificados, suscritos o aprobados al efecto. No se puede olvidar que la finalidad del Estado social, tal como he apuntado anteriormente, trata de armonizar la libertad y la igualdad real en los términos del orden constitucional como unidad para alcanzar la dignidad de la persona a que se refiere el artículo 10 de la Constitución Española y, por lo tanto, la calidad de vida a que alude el preámbulo de la norma fundamental¹²²². Es por ello que, sobre la base de estas apreciaciones, la labor asistencial del Estado enlazaría con el artículo 9.2, 10.1, y 14 del texto constitucional, y sitúa la acción de las Administraciones en el ámbito de los derechos fundamentales, lo que se traduce en una atribución competencial en beneficio del Estado, en aplicación del artículo 149.1.1, en cuanto que su acción va destinada a asegurar el disfrute de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos. Igualdad en el sentido material, al que he hecho referencia al inicio del presente capítulo, proclamado en el artículo 9.2 de la Constitución Española, y que obliga a los poderes públicos a remover esas condiciones económicas y sociales para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, facilitando su participación en la vida política, económica y social. Esta es la tesis que mantiene, a mi juicio muy acertadamente, SÁENZ ROYO¹²²³.

En la citada sentencia del Tribunal Constitucional nº 23/2013, de 31 de enero de 2013 (FJ 4º), el Tribunal rechaza que el art. 149.1.1 CE sea un título competencial suficiente para justificar determinadas ayudas en materia de asistencia social, pues, dice *“esta competencia no se mueve en la lógica de las bases y legislación de desarrollo, ni es un título horizontal capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento [STC 173/2012, de 15 de octubre, FJ 5 a); y 177/2012, de 15 de octubre, FJ 5 a)]... el resto de preceptos constitucionales invocados por la Abogacía del Estado, como son la promoción de la igualdad del individuo y los grupos que lo integran, y las previsiones de los arts. 40, 41 y 50 CE, si bien legitiman la capacidad del Estado para disponer*

¹²²² PAREJO ALFONSO, L. “Estado y Estado de Bienestar a la luz del orden constitucional” en “Las estructuras del bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes”. Ob. Cit. Pág. 839.

¹²²³ SÁENZ ROYO, E. “Derechos de protección social y Estado autonómico” en EMBID IRUJO, A. (Director). “Derechos económicos y sociales”. Ob. Cit. Pág. 54.

de su presupuesto en la acción social o económica, no constituyen por sí mismos «un título competencial autónomo a favor del Estado, sino un mandato que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos» (SSTC 59/1995, de 17 de marzo, FJ 3; y 36/2012, de 15 de marzo, FJ 4)”. Partiendo de esta interpretación, parece que el Tribunal sitúa la actuación de la Administración del Estado, en el caso enjuiciado, en el Capítulo III del Título I (artículo 53.3 CE), y no realmente en el 53.1, como una obligación de acción positiva que restañe las situaciones de desigualdad; el propio Tribunal Constitucional habla sobre estas ayudas más en términos de la antigua beneficencia, que en los del propio lenguaje de derechos, ya que el contenido de la acción de defensa de la igualdad se sitúa en el ámbito de la voluntad de los poderes, en este caso el del Poder judicial, en lugar de la ciudadanía¹²²⁴. En el caso contrario, hubiese aplicado uno de los principios básicos que se predica del sistema de derechos fundamentales, como es el hecho de que se debe obtener un criterio interpretativo lo más favorable a su desenvolvimiento efectivo. La eficacia de estos derechos difícilmente casa con privar de ámbito competencial al Estado en relación con la política asistencial de las personas en riesgo de exclusión, teniendo en cuenta además el carácter universal que se predica de los derechos fundamentales. A mi juicio, esta postura resulta difícilmente compatible con la labor de integración de las normas del ordenamiento jurídico, a la que se encuentra obligado el Tribunal como más alto intérprete del texto constitucional, bajo el imperio del principio de legalidad. Por otro lado, contradice la propia jurisprudencia del Tribunal que sí la ha admitido como título competencial en relación con otros derechos sociales como la vivienda, que ha fundamentado políticas estatales de fomento de ésta.

Al margen del indicado precepto, asimismo, se sustenta la intervención del Estado en relación con el sector de la asistencia social, sobre la base de la aplicación del mandato contenido en el artículo 41¹²²⁵ del texto constitucional en relación con el sistema público de la Seguridad Social, en el artículo 149.1.17; en éste, se atribuye competencia al Estado, en relación con la

¹²²⁴ Es el valor político-constitucional de los derechos sociales, en lugar del jurídico-constitucional, al que se refiere Baldasarre. BALDASARRE, A. “*Los derechos sociales*”. Ob. Cit. Pág. 35.

¹²²⁵ El propio artículo de la Constitución declara: “*Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad...*”.

promulgación de la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio, reza el literal del artículo, “*de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas*”. Por último, la colaboración del Estado con entidades privadas para el desarrollo de actividades de interés general (administración corporativa) se enmarcaría en la competencia que le reconoce el artículo 149.1.18, relativo al establecimiento de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas; resultando por esta vía competente para articular los fines de interés general a través de la creación de relaciones con los entes pertenecientes a la administración corporativa, a los que he hecho referencia anteriormente. Mediante esta vía se conecta la intervención del Estado con el principio de igualdad, en su vertiente formal y material. Resulta de naturaleza determinante este último concepto, en la medida en que el mismo nos introduce de lleno en el concepto de justicia material o democracia material, del que se extrae como derivación que el concepto de los derechos no es sólo eso, un concepto, sino que debe inspirar la integridad de la acción pública en beneficio de los ciudadanos. Máxime cuando la alternativa resulta una situación que, en el caso de la Ley 39/2006, ha calificado de “*dispersión, descoordinación e insuficiencia*”¹²²⁶. No se puede olvidar que, como reconoce el Tribunal Constitucional en su sentencia 103/1983, de 22 de noviembre, ya comentada, el derecho del artículo 41 del Texto Constitucional, es un *mínimum* constitucionalmente garantizado (FJ 6º).

La pregunta que me hago en este momento es: ¿el sistema vigente de servicios sociales del Estado lo desarrolla éste en exclusiva, o con la concurrencia del sector privado? A todo lo largo del TRDPCDYS, se produce la interpenetración de las administraciones públicas, así como de las instituciones o personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro que integran el Tercer Sector. ¿Puede llegar a entenderse que ello suponga una auténtica desconcentración en el sector privado de la política de asistencia social del Estado? Entiendo que no, en cuanto que el sistema se financia con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, y a los de las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, de acuerdo con las competencias que les correspondan

¹²²⁶ VIVANCOS COMES, M. “*Promoción de la igualdad y atención a la dependencia*” en VV.AA. “*Estudios Interdisciplinarios sobre igualdad*”. IDP-IUSTEL. 2ª Ed. 2011. Pág. 243.

respectivamente. El artículo 25.2 k) de la Ley de Bases de Régimen Local (Ley 7/1985, de 2 de abril. BOE 3 abril 1985, núm. 80) otorga asimismo competencia al municipio en materia de prestación de servicios sociales y de promoción y reinserción social. Se puede concluir, pues, que toda la acción asistencial que desarrollan los poderes públicos puede plasmarse en los distintos ámbitos territoriales, ya sea estatal, autonómico, o local, en el ejercicio de las competencias que tienen asignadas; pudiendo ser ejecutadas, a su vez, por algunos de los instrumentos gestión administrativa antes apuntados, como, en puridad, se da en la realidad cotidiana.

Esta disparidad de competencias y los problemas de fundamentación jurídica que apunto en el presente trabajo, se han traducido en una pérdida de justiciabilidad de estos derechos, a la par que la creación de graves desigualdades en el territorio nacional. La descentralización del Estado es un instrumento al servicio del Estado social y Democrático de Derecho, pero no puede ser concebida como un fin en sí mismo; el fin del Estado es la solidaridad¹²²⁷. Bajo este principio, no caben desigualdades en el seno de un mismo territorio del Estado; por ello, la actividad asistencial del Estado debe mantenerse, como un instrumento para la satisfacción plena de los derechos constitucionales que he analizado anteriormente. De no cambiar el criterio establecido por el Tribunal Constitucional, se puede asistir a un desmantelamiento de la escasa labor asistencial del Estado, así como la desaparición de las grandes entidades privadas, prestadoras de esta labor asistencial a los colectivos más desfavorecidos, que han desempeñado desde los años sesenta y setenta del siglo XX un papel esencial en la prestación de servicios sociales y en las políticas de integración, inclusión social y lucha contra la pobreza, actuando como entidades colaboradoras de las Administraciones Públicas en el desarrollo de las políticas de titularidad pública; sobre todo en aquellos supuestos en los que concurren elementos de supra-territorialidad sin que sea posible fijar un punto de conexión que permita el ejercicio de competencias autonómicas específicas, o cuando la gestión centralizada resulte imprescindible para asegurar la plena efectividad de las

¹²²⁷ TAJADURA TEJADA, J. *“El principio de solidaridad como fundamento común de los estados sociales europeos”* en TEROL BECERRA, M y JIMENA QUESADA, L. (directores) *“Tratado sobre protección de derechos sociales”*. Ob. Cit. Pág. 108.

medidas dentro de la ordenación básica del sector y para garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional, evitando al propio tiempo que se sobrepase la cuantía global de los fondos estatales destinados a esta actividad.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (48º período de sesiones, celebradas 30 de abril a 18 de mayo de 2012), Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a España, ha situado el empleo de las personas con discapacidad como un punto de atención en sus últimas Observaciones a España, declarando como principales motivos de preocupación y recomendaciones, entre otras: “C....8. *El Comité expresa su preocupación por la reducción de los niveles de protección efectiva de los derechos consagrados en el Pacto que ha resultado de las medidas de austeridad adoptadas por el Estado parte, perjudicando de forma desproporcionada al disfrute de sus derechos por las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, especialmente los pobres, las mujeres, los niños, las personas con discapacidad, los adultos y los jóvenes desempleados, las personas mayores, los gitanos, los migrantes y los solicitantes de asilo (art. 2, párr. 1).8. El Comité recomienda al Estado parte que garantice que todas las medidas de austeridad adoptadas identifiquen el contenido mínimo esencial de todos los derechos del Pacto, y que tome todas las medidas apropiadas para proteger este contenido esencial en cualquier circunstancia, especialmente para las personas y los grupos desfavorecidos y marginados. En este contexto, el Comité recomienda al Estado parte que recopile información estadística desagregada, con el objeto de identificar a las personas y grupos afectados y aumentar la eficacia de sus esfuerzos para la protección de sus derechos económicos, sociales y culturales. El Comité también señala a la atención del Estado parte su carta abierta sobre los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la crisis económica y financiera, con fecha 16 de mayo de 2012. 9. Al Comité le preocupa que la descentralización de las competencias relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales haya resultado en un disfrute dispar de estos derechos en las 17 comunidades autónomas (art. 2, párr. 1). El Comité insta al Estado parte para velar por que las disparidades entre comunidades autónomas en términos de inversión social y de los diferentes recortes realizados en los servicios públicos de bienestar*

social, no resulten en un disfrute inequitativo o discriminatorio de los derechos económicos, sociales y culturales”¹²²⁸. El órgano de Naciones Unidas, ve en esta medida una fórmula para paliar la fragmentación que la implantación de la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, en relación con los servicios sociales, genera. El Estado español, debe pues retomar la asunción de competencias para lo que puede recurrir a títulos competenciales propios, ya sea, por la vía del artículo 149.1.17 y 149.1.18, o el propio 149.1.1, que permita garantizar un mínimo contenido esencial de los derechos, por medio de los que se preserva la igualdad de los colectivos en riesgo de exclusión. Esta ha sido la vía que se ha seguido para fundamentar el título competencial, en cuya virtud se ha aprobado el TRDPCDYS, última norma de cabecera reciente sobre los derechos de las personas con discapacidad, tal como recoge su Disposición final primera, en la que se formula la declaración siguiente: *“1. Esta ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, conforme al artículo 149.1.1.^a de la Constitución”*. Curiosamente, todo el Capítulo VII del Título I se destina al derecho a la protección social, con un desarrollo exhaustivo sobre servicios y prestaciones sociales, lo que no ha sido un obstáculo para su promulgación, previa consulta con las Comunidades Autónomas, como reza su Preámbulo.

La Exposición de motivos del Real Decreto Ley 7/2013 de 28 de junio, de medidas urgentes de naturaleza tributaria, presupuestaria y de fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación (BOE» núm. 155, de 29 de junio de 2013), afirma: *“....se hace inaplazable el reconocimiento jurídico del papel esencial que determinadas organizaciones y entidades sin ánimo de lucro tienen a la hora de dar respuesta a las necesidades cada vez más acuciantes de la sociedad, colaborando directamente con las Administraciones Públicas, quedando al mismo tiempo garantizada la vía de canalización de los fondos públicos imprescindibles para que las mismas puedan cumplir y desarrollar los fines que les son propios. Para ello, y por ello, se ha considerado pertinente*

¹²²⁸ E/C.12/ESP/CO/5. Apartado 8 y 9.

otorgarles una especial consideración jurídica como entidades del Tercer Sector colaboradoras con las administraciones públicas. Se trata de una nueva categoría de carácter básico, en virtud de la competencia del Estado prevista en el artículo 149.1.18ª CE para establecer las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, que deben permitir el reconocimiento como colaboradoras en la ejecución de las políticas públicas a un amplio elenco de organizaciones de carácter privado surgidas de la iniciativa ciudadana, sin ánimo de lucro y con fines de interés general, cualquiera que sea su forma jurídica". Su artículo 4, establece que: "1. En el ámbito de la Administración General del Estado, podrán reconocerse como entidades del Tercer Sector colaboradoras a aquellas organizaciones o entidades que reúnan los siguientes requisitos: a) Estar legalmente constituidas como entidades de ámbito estatal y, cuando proceda, debidamente inscritas en el correspondiente Registro administrativo de ámbito estatal en función del tipo de entidad de que se trate. b) Carecer de fines de lucro o invertir la totalidad de sus beneficios en el cumplimiento de sus fines institucionales no comerciales. c) Desarrollar actividades de interés general considerando como tales, a estos efectos, las previstas en el artículo 4 de la Ley 6/1996, de 15 de enero, del Voluntariado. d) Cualquier otro que se establezca legal o reglamentariamente. En ningún caso serán reconocidas como entidades del Tercer Sector colaboradoras con la Administración General del Estado los organismos o entidades públicas adscritos o vinculados a una Administración Pública, las universidades, los partidos políticos, los colegios profesionales, las cámaras oficiales de comercio industria y navegación, las sociedades civiles, las organizaciones empresariales y los sindicatos, y otras entidades con análogos fines específicos y naturaleza que los citados anteriormente, aunque realicen algunas de las actividades incluidas en la letra c) del apartado anterior.. 2. Las entidades del Tercer Sector colaboradoras con la Administración General del Estado podrán desempeñar las siguientes actuaciones: a) Informar y auxiliar a la Administración General del Estado en las materias propias de su ámbito de actuación, en los términos que se determine reglamentariamente. b) Participar como interlocutores con la Administración General del Estado a través de sus órganos de participación y consulta en los términos previstos en la normativa aplicable. c) Colaborar con la Administración General del Estado en el

desarrollo y aplicación de los planes, programas y medidas de fomento, cuando el objeto de la colaboración no esté comprendido en el de los contratos regulados por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, o la colaboración se efectúe de forma no onerosa para la Administración». d) Cualquier otra que se determine reglamentariamente. En el punto 3 del artículo citado se establece que reglamentariamente se determinará el procedimiento para el reconocimiento como entidades del Tercer Sector colaboradoras de la Administración General del Estado, y se concretarán los derechos y obligaciones que dicho reconocimiento conlleva. Y la disposición transitoria del Real Decreto Ley dispone que *“1. En tanto no se desarrolle reglamentariamente el procedimiento para el reconocimiento de las entidades del Tercer Sector colaboradoras con la Administración General del Estado previsto en el artículo 4, se considerará que ostentan dicha condición las entidades que acrediten el cumplimiento de los requisitos previstos en el apartado uno del citado artículo”.*

Así pues, el Estado ha aprobado una reciente disposición, no cuestionada por las Comunidades Autónomas, que mantiene como fundamento las competencias que le reconoce al Estado el artículo 149.1.18ª CE, en la que manifiesta la voluntad de otorgar un status jurídico específico y diferenciado a determinadas organizaciones por entender que desarrollan unas actividades destinadas a la satisfacción de intereses generales y que, por ello, merecen una protección específica. Por otra parte, dicho reconocimiento es potestativo para las distintas Administraciones Públicas y se limita al ámbito competencial propio de cada una. Antecedentes de este fundamento competencial del Estado era reconocido por la STC 132/1989, FJ 28, que determinaba que: *“la regulación de la representatividad de las organizaciones profesionales (...) encuentra fundamento competencial en el título contenido en el artículo 149.1.18ª, en tanto en cuanto las organizaciones profesionales (de agricultores y ganaderos) más representativas ostentan representación institucional ante las Administraciones Públicas u otras Entidades y organismos de carácter público”.* Asimismo, el Consejo de Estado, en su Dictamen Núm. 881/2010, apoyaba esta argumentación, ya que en el mismo manifestó lo siguiente: *“Pero también*

se actúa por el Estado la competencia exclusiva en materia de bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (artículo 149.1.18ª de la Constitución Española) en lo que respecta a la fijación de la representatividad en el ámbito estatal, a los criterios de representatividad y a la formalización del reconocimiento de dicha representatividad estatal”.

De este modo, es el artículo 149.1.18ª CE el que otorga habilitación competencial al Estado para el establecimiento de esta nueva categoría de Entidades del Tercer Sector Colaboradoras con las Administraciones Públicas; no pretende el Estado encajar su actuación en los títulos competenciales contenidos en los artículos 149.1.1ª, 13ª o 14ª. El reconocimiento como entidad colaboradora supone atribuirle una situación jurídica singular en la ejecución de actos y políticas, en este caso estatales, en materia de solidaridad e igualdad de oportunidades. Las entidades del Tercer Sector colaboran con la Administración General del Estado en el cumplimiento del deber constitucional de todos los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (Constitución, art. 9.2), y precisamente porque se trata de una colaboración con la Administración General del Estado, sólo podrán reconocerse como entidades colaboradoras aquéllas cuyo ámbito de actuación sea todo el territorio del Estado. Estas medidas de fomento en forma de ayudas económicas tienen, por lo tanto, como finalidad potenciar, reforzar y dotar de medios a las entidades del Tercer Sector de Acción Social colaboradoras en el ámbito de la Administración General del Estado. Las bases recogen los requisitos que deben cumplir las entidades solicitantes para poder ser beneficiarias de las ayudas, y que son estar inscritas en el correspondiente Registro Administrativo de entidades de ámbito estatal y tener expresamente consignado en su título constitutivo un ámbito de actuación estatal. La herramienta para alcanzar ese objetivo de igualdad, sólo puede ser llevada a cabo mediante los DESC.

La necesidad de preservar un ámbito competencial al Estado en esta materia no resulta una conclusión precipitada; el Estado español de las

autonomías ha llevado a cabo el establecimiento de regímenes de protección distintos para las personas con discapacidad que no sólo no conocen una cartera de servicios unificada, sino tampoco obtienen un mismo régimen de protección de sus derechos. Tal como apunta el Informe del Defensor del Pueblo: *“...con respecto al régimen sancionador, esta Institución se ha referido en anteriores informes a la incompleta regulación del mismo en la mayor parte de las comunidades autónomas. De hecho, se ha podido constatar que, más allá de las carencias normativas, situaciones idénticas pueden recibir un tratamiento radicalmente divergente en función del territorio en que se produzcan, incluso respecto a la pertinencia del ejercicio de actuaciones inspectoras”*. Manifiesta asimismo en el mismo documento: *“Hasta la fecha no se han remitido a las Cortes Generales los informes del Gobierno sobre la aplicación del régimen de infracciones y sanciones, previstos con carácter anual en la Ley 49/2007. La Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad justificó la omisión en el hecho de que la Administración General del Estado no había sancionado ninguna infracción debido a razones competenciales, así como a la escasa regulación autonómica antes referida”*¹²²⁹. Este razonamiento refleja la clara insuficiencia del sistema para hacer frente a las demandas reales de las personas con discapacidad.

Otro aspecto que se olvida respecto de la iniciativa del Estado es la posibilidad de recoger la satisfacción de los derechos de este colectivo en la legislación básica del Estado; un ejemplo de ello es el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (BOE 16 noviembre 2011, núm. 276), en cuyo artículo 117.1 se fijan las reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas en los contratos del sector público. En el indicado precepto, se contiene la declaración conforme a la cual las prescripciones técnicas se definirán, en la medida de lo posible, teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, tal como son definidos estos términos en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad. Esta declaración, sin perjuicio de las matizaciones que pudiera formularse a su redacción, contiene un efecto que pudiera tener un gran calado práctico con el

¹²²⁹ Defensor del Pueblo. Informe Anual a las Cortes Generales 2013. Ob. Cit. Pág. 292.

fin de fomentar los derechos de las personas con discapacidad, exigiendo la aplicación de este principio a toda la contratación del sector público, que es el ámbito de aplicación de la Ley. No obstante, el mismo se devalúa notablemente por la técnica empleada: no se contiene este artículo en la disposición final segunda donde se desarrolla el título competencial del Estado. Es decir, el Estado no puede extrapolar la aplicación de este principio al ámbito de las Comunidades Autónomas y las entidades locales porque, sencillamente, el Estado reconoce que no tiene competencia para ello. A este respecto, el principio contenido en el artículo 2.2 de aplicación de la Ley a los contratos subvencionados por los entes, organismos y entidades del sector público, queda anulada en función del apartado 3 del mismo artículo, conforme al cual la aplicación de la Ley a los contratos que celebren las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local, o los organismos dependientes de las mismas, así como a los contratos subvencionados por cualquiera de estas entidades, se efectuará en los términos previstos en la disposición final segunda. La carencia de un título competencial propio en beneficio del Estado para garantizar un marco de igualdad básico, sigue generando estas contradicciones.

De acuerdo con las conclusiones apuntadas, se debe recuperar la capacidad del Estado para promover confianza en los ciudadanos sobre la obligatoriedad de los derechos de las personas con discapacidad, observando un cumplimiento escrupuloso de la normativa vigente sobre la base del principio de legalidad, con el fin de que irradie esta vinculación y compromiso al resto de la sociedad, como muestra de solidaridad y cooperación social. Para ello, el Estado puede facilitar el desarrollo de relaciones de confianza, promoviendo acciones de información, de supervisión, o, directamente, aportando fondos destinados a entidades privadas a las que se deleguen las mismas.

4.5. La ratificación plena de los instrumentos internacionales que persiguen la protección de los derechos de las personas con discapacidad

La Carta Social Europea constituye el tratado europeo de derechos sociales, a modo de una Constitución Social Europea y complemento

indispensable del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950¹²³⁰, en lo relativo a los derechos sociales. El Consejo de Ministros del Consejo de Europa adoptó un protocolo adicional, de 5 de mayo de 1988, ratificado por España el 7 de enero de 2000, que hizo lo propio con el protocolo de 21 de octubre de 1991 (ratificado el 24 de enero de 2000), siendo la última revisión de la Carta la de 3 de mayo de 1996, que ha sido firmada por el Estado español el 23 de octubre de 2000. No obstante, todavía no ha sido ratificada, como he indicado en el Capítulo II. La reforma de 1996 alinea los derechos contenidos en la Carta con el Derecho de la Unión Europea. Tampoco España ha firmado ni ratificado el Protocolo de 1995 que permitía la presentación de reclamaciones colectivas. El artículo 1 del Protocolo de 1995 reza con el texto siguiente: *“Artículo 1 Las partes firmantes de este Protocolo reconocen el derecho de las siguientes organizaciones a someter quejas sobre la aplicación insatisfactoria de la Carta: a. Organizaciones internacionales de empleados y sindicatos a los que se refiere el párrafo 2 del artículo 27 de la Carta; b. otras organizaciones no gubernamentales que tengan el estatus consultivo ante el Consejo de Europa y hayan sido incluidas en la lista creada al efecto por el Comité de Ministros; c. Organizaciones nacionales representativas de empleados y sindicatos dentro de la jurisdicción de las partes firmantes en contra de las cuales se haya sustanciado una queja*¹²³¹. Éste es el procedimiento faro de la Carta Social, gracias a cuyo establecimiento se habla de la Carta, que la Carta tiene una existencia mediática con la que no contaba anteriormente¹²³². La falta de ratificación por el Estado español del Protocolo, priva a las organizaciones más representativas de las personas con discapacidad de la posibilidad de formular las quejas que este texto reconoce. Siguiendo a JIMENA QUESADA, son varias las acciones que caben llevar a cabo en relación con esta figura: 1) incentivar la ratificación del Protocolo de 1995 entre aquellos países que no lo han hecho y promover la difusión y optimización del Protocolo de 1995 en los

¹²³⁰ TORRES DEL MORAL, A. “El Estado social y la evolución del constitucionalismo social” en TEROL BECERRA, M y JIMENA QUESADA, L. (directores) “Tratado sobre protección de derechos sociales”. Ob. Cit. Pág. 69.

¹²³¹ Traducción del original inglés. Disponible en:

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/ESCCollectedTexts_en.pdf

¹²³² BRILLAT, R. en “Evolución y consolidación del Pacto Europeo de democracia social” en TEROL BECERRA, M y JIMENA QUESADA, L. (directores) “Tratado sobre protección de derechos sociales”. Ob. Cit. Pág. 211.

países que sí lo han ratificado, por ejemplo extendiendo la legitimación activa a las ONGs nacionales; 2) introduciendo la figura del *amicus curiae* en la sustanciación de las reclamaciones colectivas ante el CEDS, figura que recoge el artículo 32^a del Reglamento del Comité, como ya se ha hecho por algunas entidades y agencias internacionales como ACNUR y PICUM en el marco de la reclamación 69/2011 “*Defence for children International contra Bélgica*”; 3) judicializando en mayor medida la ejecución de las decisiones, con mayor seguimiento por parte del Comité; 4) potenciar la retroalimentación entre el sistema de informes y el mecanismo de reclamaciones colectivas, lo que constituye una vía de influencia indirecta de las decisiones del CEDS adoptadas con motivo de las reclamaciones colectivas incluso sobre los países que no hayan aceptado este mecanismo¹²³³. El reconocimiento de este recurso de naturaleza eminentemente jurisdiccional atenúa, sin duda, la duda sobre la justiciabilidad de los DESC. Corresponde al Comité Europeo de Derechos Sociales velar por la correcta aplicación de la Carta, por lo que sus decisiones son vinculantes para los órganos jurisdiccionales nacionales. Conforme mantiene el Comité, la Carta es vinculante por lo que los Estados tienen “*obligaciones positivas*”; no les basta con abstenerse de injerencias en los derechos de los individuos, sino que tienen la obligación de actuar para dotar de efectividad a los derechos de la Carta. Sobre las reclamaciones colectivas, el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha adoptado en octubre de 2011 una declaración, conforme a la cual reconocía la contribución del procedimiento de reclamaciones colectivas en la promoción de los derechos sociales, y pedía a los Estados miembros que no la hubieran ratificado que consideraran la aceptación del mecanismo de reclamaciones colectivas¹²³⁴.

La Carta Social Europea es una norma internacional que forma parte del derecho interno (art. 10.2 y 96 CE) y que tiene el mismo valor vinculante que los tratados de la Unión Europea, por lo que en orden al principio de jerarquía normativa se sitúa por encima de la Ley nacional. Sentada por esta vía la eficacia en el derecho interno de la Carta, el texto de 1996 en su artículo 15,

¹²³³ JIMENA QUESADA, L. en “*La ejecución de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales*” en Idem. Pág. 266.

¹²³⁴ BRILLAT, R. en “*Evolución y consolidación del Pacto Europeo de democracia social*” en Idem. Pág. 219.

bajo el epígrafe *“Derecho de las personas minusválidas a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad”*, recoge la garantía a las personas con discapacidad del ejercicio efectivo del derecho a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad. Es por ello que el Consejo de Ministros español debería promover el procedimiento para la ratificación de este texto revisado y sus protocolos, reiterando la especial sensibilidad hacia los derechos de este grupo social que han manifestado hasta ahora los distintos gobiernos. Recordando la naturaleza del Estado social y democrático de derecho a la que me he referido en este Capítulo III, el Estado español tiene un compromiso jurídico para que los derechos contenidos en la Carta se apliquen en nuestro país. Su ratificación reforzará, sin duda, la justiciabilidad de los derechos que recogen las distintas normas de derecho interno que he analizado en capítulos anteriores. Se corre el mismo peligro que con el cuerpo normativo promulgado en los años 80 y 2000: muy avanzado en sus declaraciones formales, pero poco aplicado en la práctica administrativa, judicial y social. Como apunta el profesor ADNANE RKIOUA desde un punto de vista crítico de esta situación, frente a la ratificación del Protocolo Facultativo del PIDESC: *“...resultaría más coherente con el marco europeo del que forma parte España, que ésta hubiera ratificado la Carta Social Europea antes de la ratificación del referido Pacto Facultativo. Además sería más razonable ahondar en la democracia social en el marco europeo toda vez que la democracia política está bastante consolidada, confirmación que no se puede sostener en el marco de las Naciones Unidas de la que forman parte no pocos Estados sólo nominalmente constitucionales, y por lo tanto sin verdadero compromiso ni siquiera con los derechos “baratos” y menos todavía con los necesitados de una cobertura económica para su efectiva realización”*¹²³⁵. Como órgano encargado de su aplicación material, el Comité de Derechos Sociales del Consejo de Europa emite resoluciones que constituyen Jurisprudencia que debe ser aplicada por los órganos jurisdiccionales nacionales, y en este sentido lo recoge las SSTSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 12 de

¹²³⁵ ADNANE RKIOUA, A. *“El artículo 10.2 CE: un cauce para integrar el contenido de los derechos sociales. Reflexiones tras la ratificación de España del Pacto Facultativo al Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales”*. Ob. Cit. Pág. 139.

noviembre de 2012 (rec. 494/12), o de 8 de marzo de 2011 (JUR 2011, 191434) , (rec. 2256/2008), entre otras. De ahí la importancia de no descartar como instrumento de defensa válido para la defensa de los derechos de las personas con discapacidad este nuevo texto.

Varios de los Estatutos de Autonomía reformados, recogen diversas previsiones en relación con la acción exterior de la Comunidad Autónoma. Resulta frecuente ver redacciones en las que, a través del Estatuto, la Comunidad Autónoma declara la asunción de los valores de la Unión Europea, el compromiso de velar por el cumplimiento de sus objetivos, y por la defensa de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico europeo, entre los que se encuentran los derechos establecidos en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por España, y en el ordenamiento de la Unión Europea. Sobre la base de esta declaración y la facultad de iniciativa que se otorga en el mismo texto de solicitar del Gobierno de la Nación la celebración de tratados o convenios internacionales en materias de interés para la Comunidad Autónoma, podrían ser los propios gobiernos autonómicos los que formularan una petición expresa de ratificación¹²³⁶, dada la importancia que he destacado. No obstante, ante el tiempo transcurrido desde la finalización de los procesos de reforma que, en un mayor número, tuvieron lugar en nuestro país en el año 2006 y 2007, parece que esas declaraciones quedan un poco huera y carentes de significado práctico.

Otro instrumento internacional destacado para el colectivo que estudio es el suscrito en Marrakech (Marruecos) el 27 de junio de 2013, en cuya virtud se ha alcanzado un acuerdo en el seno de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), perteneciente a Naciones Unidas, que permitirá que las personas con ceguera, unos 300 millones en todo el mundo, puedan intercambiar libros accesibles sin incurrir en delitos relacionados con los derechos de autor, facilitando por esta vía mejorar su acceso a la cultura. Este instrumento todavía no ha sido ratificado por el Estado español. Mediante decisión del Consejo de 14 de abril de 2014¹²³⁷, queda autorizada la firma, en

¹²³⁶ En este sentido TEROL BECERRA, M. *“La España de los derechos sociales en las Europas y las reformas estatutarias”* en TEROL BECERRA, M y JIMENA QUESADA, L. (directores) *“Tratado sobre protección de derechos sociales”*. Ob. Cit. Pág. 165.

¹²³⁷ 2014/221/UE

nombre de la Unión, del Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, autorizando al Presidente del Consejo para que designe a la persona o personas facultadas para firmar el Tratado de Marrakech en nombre de la Unión (art. 1 y 2); lo que abre el camino para la entrada en vigor en el ámbito de la UE. No obstante, nada obsta a que, llevado de la especial sensibilidad a la que he hecho referencia anteriormente, el propio Estado lleve a cabo la ratificación, sin esperar a que se produzca su recepción como consecuencia directa de la vigencia del propio ordenamiento jurídico comunitario.

En el caso de producirse la misma, se suprimiría una de las mayores amenazas que se vierten sobre determinados colectivos dentro del grupo de personas con discapacidad, ya que la supresión de las barreras tecnológicas que generan los nuevos soportes electrónicos y digitales, sólo pueden llevarse a cabo mediante la realización de modificaciones en las obras, tal como figuran editadas por los autores. Es por ello, que no puede considerarse estas acciones como modificaciones del derecho de autor y, por lo tanto, sujetas a su autorización. Es un ejemplo de cómo, en el caso concreto, los derechos patrimoniales como la propiedad se han puesto al servicio de los DESC; la justificación está clara: tal como informa la Unión Mundial de Ciegos sólo el 7 % de los libros publicados están disponibles en un formato accesible para las personas con discapacidad visual, mientras que en los países en desarrollo, en los que vive aproximadamente el 90 % de las personas con discapacidad visual, este índice puede llegar a ser tan bajo como el 1 %¹²³⁸. El Tratado establece un conjunto de normas internacionales que garantizan la existencia de limitaciones o excepciones a los derechos de autor a escala nacional en beneficio de las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso y permitir el intercambio transfronterizo de ejemplares en formato accesible de obras publicadas que se han realizado en virtud de una excepción o limitación a los derechos de autor

¹²³⁸ UNIÓN MUNDIAL DE CIEGOS. Noticias. Comunicado de prensa 25 de noviembre de 2012. Disponible en <http://www.worldblindunion.org/Spanish/News/Pages/Tratado-de-la-OMPI--Comunicado-de-Prensa-25-de-noviembre-2012.aspx>. Consulta 02 de mayo de 2015.

en cualquiera de las Partes Contratantes del Tratado. Urge, por lo tanto, que el Estado español ratifique el Tratado.

Ya he analizado en apartados anteriores el valor que tienen los instrumentos internacionales en la recepción en el ordenamiento de los derechos de las personas con discapacidad. Se abre una vía de esperanza si, efectivamente, el cuerpo de normas internacionales resulta suscrito por el mayor número de Estados.

Con la selección de estos dos instrumentos internacionales no pretendo llevar a cabo un análisis exhaustivo de esta materia; a mi juicio, la muestra resulta suficiente para destacar que la defensa de los derechos de las personas con discapacidad, si se quiere hacer efectiva, debe resultar el fruto de la puesta en marcha de políticas transversales. No puede ser otro el objetivo que lograr la satisfacción de obtener para un colectivo en riesgo de exclusión como las personas con discapacidad el pleno disfrute de sus derechos y libertades fundamentales. Una de esas herramientas es, precisamente, la acción en el ámbito internacional.

5. CONCLUSIONES FINALES

1. **Los DESC, desde un aspecto político, en cuanto que satisfacen necesidades básicas de las personas se encuentran en la base argumentativa de los derechos humanos.** El eje de estos derechos es la conexión íntima con la dignidad de la persona, que ha constituido tradicionalmente la esencia tradicional de los derechos humanos. Resulta un concepto con un alto valor político, puesto que el sistema debe instrumentar los medios necesarios para que esas necesidades resulten satisfechas; no obstante, responde a un interés general que, en consecuencia, debe reconducir la elaboración de las políticas públicas y la actuación de las Administraciones públicas y los poderes constitucionales. Este aspecto resulta más notorio en esta categoría de derechos que en los derechos de autonomía; pese a ello, los DESC, frecuentemente, no se encuentran recogidos en la agenda política.

2. El grupo humano de la discapacidad avanza hacia un nuevo paradigma: el de vida independiente, que entronca con la autonomía y libertad personal y, por lo tanto, con los derechos fundamentales.

El principio de autonomía de la persona resulta un principio mínimo básico; como todos los restantes derechos, se ejerce con un fin. En el caso de la autonomía, ella no basta por sí sola, sino que debe ser ejercida con el objetivo de que su desarrollo resulte pleno, en función de las capacidades del individuo. A ello responde el principio de vida independiente; el mismo no se encuentra formado por un derecho a medios o entornos accesibles, sino a obtener las medidas de acción positiva que resulten necesarias con el fin de lograr la satisfacción del principio, que pasa ineludiblemente por una forma de vida inclusiva en el entorno social, con un pleno disfrute de sus derechos y libertades, y el desenvolvimiento de las facultades individuales del individuo, en un entorno libre de barreras sociales. Los derechos de autonomía también deben ser interpretados a la luz de este derecho.

3. En la promoción de la igualdad de los grupos sociales en riesgo de exclusión no existe paternalismo como tal, sino que satisface una obligación pública de perseguir el bien general.

Este concepto de paternalismo, al que se atribuye frecuentemente un sentido peyorativo, se debe destinar exclusivamente a calificar actuaciones en las que no concurre el consentimiento de las personas beneficiarias de las mismas. En relación con las personas en riesgo de exclusión, las acciones indicadas, responden a la necesidad de estructuración de una sociedad que se debe configurar como justa, en la que todas las personas que viven en su seno, encuentren las condiciones necesarias para el desarrollo de sus anhelos personales y dignidad humanas. Existe un componente de interés general, en la medida en que la propia sociedad democrática no puede tolerar las situaciones de exclusión que la misma vida social genera.

4. Cuanto mayor resulta el grado de inclusión en un entorno social, mayor es el grado de libertad de sus ciudadanos y ciudadanas más cohesionada y democrática es la sociedad. Todas las medidas que se instauran en la sociedad con el fin de preservar este objetivo satisfacen el

ideal de justicia y, por lo tanto, se incluyen en las medidas de promoción y respeto de los derechos humanos. Pero no sólo resulta un problema de imponer el respeto de los derechos de las personas, sino una razón de subsistencia de la sociedad misma en un entorno democrático. Ésta se caracteriza no sólo por el disfrute de un catálogo formal de derechos individuales, más o menos extenso, sino de unos derechos eficaces en todos los aspectos en los que se desenvuelve la dignidad de la persona; uno esencial resulta, asimismo, la disponibilidad no sólo de ámbitos de libertad, sino de los medios para que esa libertad resulte efectiva. A ello, contribuyen decididamente los DESC, que garantizan las condiciones para que se supriman las condiciones de exclusión que la propia sociedad genera. Una vez suprimidas estas barreras, el conjunto social se verá beneficiado por la inclusión efectiva de un grupo, como el de personas con discapacidad, perpetuamente excluido. Una sociedad no puede prescindir de los aportes que cualquiera de sus miembros pueda realizar al conjunto.

5. **Mediante la acogida de las “capacidades” el nivel de prestaciones a allegar a cada individuo resulta variable en cuanto a su entidad y naturaleza.** Los recursos no se alinean de forma indiscriminada, sino en la medida en que satisfacen un fin: la autonomía e igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Evidentemente, este principio resulta contrario al principio de justicia distributivo, pero entronca directamente con el de justicia material, en que cada sujeto, con un definido espíritu kantiano, resulta un fin en sí mismo. Lo importante es el grado de autonomía y libertad personal conseguido por cada individuo. Sólo por esta vía puede ser llevado a cabo el desenvolvimiento pleno de la dignidad de la persona.
6. **La necesidad de preservar las condiciones de vida del “diferente”, resulta inherente a la vida en democracia, máxime cuando la libertad e igualdad del individuo se encuentra en juego.** La democracia conlleva un sistema político que se rige por la satisfacción del interés general, representado por la suma del interés de todos y cada uno de los miembros del ente social. El valor preminente en ella es el respeto de la dignidad humana, lo que conlleva que se deban preservar las singularidades que nutren la vida en comunidad. La creación de valores racionales universales

resulta insuficiente, pues dejan de lado las capacidades de personas concretas que, en defecto de medidas de acción positiva, quedarían aisladas de la vida social. La diversidad social enriquece el sumatorio que genera la vida social, por lo que el grado de compromiso para satisfacer las necesidades básicas de las personas en riesgo de exclusión resulta una tarea social que no puede ser dejada de lado, pues la dignidad de estas personas obliga a establecer las condiciones para que el disfrute de su libertad e igualdad resulten plenas. La sociedad debe abrirse a la diversidad funcional de las personas con discapacidad, resultando permeable a las propias necesidades y, al mismo tiempo, aportes que estas personas generan. La standarización de los valores y de los modelos sociales genera un universalismo que sólo crea situaciones de exclusión, y, por lo tanto, discriminación.

- 7. Género y discapacidad plantean problemas que, sin dejar de mantener diferencias fundamentales, pueden ser acometidos desde una posición social común.** Ambas condiciones sociales generan situaciones de riesgo de exclusión, incluso de doble discriminación. Si bien se le ha otorgado al género una atención política que todavía la discapacidad no ha recibido, se perciben en ambas los mismos defectos estructurales: un exceso de formalismo, que lastra notablemente la vida democrática. Ambas condiciones sociales deben ser acometidas desde idénticas posiciones, generando iguales medidas con las que se pretende restablecer la libertad perdida, implantando una acción conjunta y transversal para poner en marcha acciones que erradiquen ambas formas de discriminación, y que, juntas, dan lugar a situaciones muy habituales de doble discriminación. Género y discapacidad se nutren recíprocamente de la senda de éxitos y fracasos que han sufrido en la acción por la libertad e igualdad efectivas de sus miembros en la sociedad.
- 8. La discapacidad en sí no resulta una injusticia, sino que resulta injusta la falta de atención de la discapacidad.** En cuanto condición social originaria o adquirida, con carácter permanente o transitoria, resulta ajena a la voluntad del individuo. Resulta un factor generador de situaciones de injusticia y de riesgo de exclusión social en el supuesto

de que la propia sociedad genere barreras que potencien el efecto excluyente que, en sí genera la discapacidad. La injusticia no se encuentra en el hecho en sí de la subsistencia de la discapacidad, sino que, existiendo, no se restablezcan las condiciones necesarias para que no genere desigualdades y restricciones de derechos que, innecesarios, creen situaciones injustas.

9. En la esfera de intervención de las organizaciones internacionales, existe una clara simbiosis entre DESC y derechos humanos. En la lectura de las más importantes declaraciones de derechos humanos no se percibe una diferencia sistemática entre derechos y libertades políticas y DESC. Estos instrumentos aportan una visión integradora de los derechos humanos que, si bien con las dificultades de exigibilidad que la propia naturaleza de estas normas aporta, debe nutrir la propia interpretación interna que de ellos se efectúa, sobre la base de la aplicación de estas normas en el ordenamiento jurídico interno.

10. La propia aparición de los DESC, en cuanto derecho fundamental social, es la respuesta dogmática a la insuficiencia del ordenamiento para dar respuesta a las necesidades de los grupos sociales en riesgo de exclusión. Los DESC existen, desde el momento mismo del surgimiento de los derechos humanos pero también en el momento actual, porque existe un claro riesgo de exclusión social. La falibilidad del ordenamiento jurídico obliga a la puesta en marcha de todas aquellas medidas que resultan necesarias para restaurar la libertad perdida. La falta de implantación de estos derechos supondría la tiranización del sistema democrático, en cuya virtud la voluntad política de la mayoría acallaría la voz discrepante de las minorías socialmente excluidas.

11. Un sistema político en el que las aspiraciones de libertad e igualdad de los individuos contenidas en los derechos sociales no se satisfacen por el sistema político, podrá ser calificado de justo en sentido formal, pero no equitativo, ni justo. Justicia, incluso en el sentido clásico del término, conlleva la atribución a cada persona de aquello que le corresponde; no obstante, el principio indicado no se obtiene con una igual distribución de recursos entre todas las personas

de manera indiferenciada, sino mediante el análisis de las necesidades especiales de cada individuo. Por ello, un principio de justicia distributiva resulta insuficiente para satisfacer de manera plena los valores de libertad e igualdad. La consideración por el individuo se articula mediante el despliegue de medios y recursos que proporciona la libertad promocional, que se articulan a través de los DESC. Sólo por esta vía se puede alcanzar la satisfacción de un principio de justicia material en un entorno democrático.

12. La síntesis correcta de los principios de libertad e igualdad se produce a través de los DESC en el seno del Estado social.

La forma política del Estado social mantiene como eje las condiciones personales del individuo en un entorno social y, sobre todo, sus necesidades personales. Por este motivo, bajo esa concepción de Estado, un principio de igualdad formal resulta insuficiente para satisfacer de forma plena la libertad de los individuos que integran el estrato social de ese Estado. En la medida en que el principio de igualdad material exige la remoción de las barreras sociales que impiden a una persona un desarrollo de su libertad individual de manera integral, un instrumento como los DESC desempeña un papel crucial. A través de estos derechos, los principios de libertad e igualdad interactúan en un idéntico nivel, con un único objetivo que es la satisfacción del principio de dignidad de la persona, al que ambos contribuyen. La satisfacción del proyecto de vida y anhelos personales de cada individuo en que esa persona digna se proyecta.

13. La síntesis de los principios del liberalismo político con una libertad basada en la solidaridad, se produce en los DESC.

Una concepción liberal de la política persigue el desarrollo de la libertad del individuo como un principio de acción, contribuyendo, como todo sistema político, a la maximización del interés general. El principio de la solidaridad exige la consideración de las particulares condiciones de cada individuo en el entorno social. Ante aquellas situaciones en que se produce un riesgo de exclusión social, el Estado liberal no permanece silente o insolidario, sino que actúa a través del principio de libertad promocional, allegando los medios que resultan necesarios para la restauración de ese grado de

libertad perdido por estas personas. Los instrumentos mediante los que actúa este Estado son los DESC.

14. Los propios DESC no son sólo la propia manifestación del Estado social, sino el mejor instrumento para la realización de sus fines.

A diferencia de una concepción de Estado liberal clásico en el que se satisfacen los intereses personales de cada individuo mediante la existencia de unos principios de justicia generalizables en el contexto social, con una muy limitada intervención del Estado, el Estado social exige la toma de conciencia de las necesidades de cada individuo y la puesta en marcha de unas condiciones que le permita vivir en libertad e igualdad. Ambas formas políticas tienen como eje la misma consideración hacia la persona humana, con valores como la libertad y la igualdad, si bien lo acometen de forma distinta. No obstante, la falta de intervención del Estado liberal no es fruto de una distinta fundamentación, sino de una errónea consideración de ésta sobre la libertad del individuo. El *“intervencionismo”* del Estado no lesiona, sino que repara o restituye la libertad perdida de los grupos en riesgo de exclusión. Liberalismo no significa individualismo.

15. En el reconocimiento de los derechos de las personas en riesgo de exclusión no caben opciones.

Desde el punto de vista político, la subsistencia del sistema político democrático debe imponer una regla del balance en la que las desigualdades sociales se compensen con un conjunto de medidas y acciones promocionales, los DESC, mediante las que se restituye a estos grupos sociales en los derechos que la propia organización social les priva. Desde un punto de vista jurídico, el establecimiento de un sistema de garantías resulta inherente a todo tipo de derecho; este conjunto de acciones con las que se preserva la exigibilidad de aquéllos, debe imponerse con la contundencia que exige el principio de seguridad jurídica plasmado en la Constitución. Las personas con discapacidad constituyen una *“zona sensible”* del sistema que precisa de herramientas específicas de protección para evitar su marginación social, adaptadas al contexto social mutable en el que van a resultar aplicadas, así como la propia evolución de las discapacidad del individuo, que interactúa en las relaciones sociales.

- 16. El modelo de la discapacidad es un modelo abierto que no se atiene ni a declaraciones administrativas, ni a parámetros conductuales específicos. Es un modelo para la acción que exige resultados. El instrumento mediante el que se debe llevar a cabo son los DESC.** Precisamente, en cuanto que las personas con discapacidad, como grupo en riesgo de exclusión social, su libertad puede quedar cercenada. La efectividad de los derechos fundamentales resulta inherente a esta categoría de derechos. Es en los DESC en los que esta característica figura más evidente. A este efecto, bajo el principio de la libertad promocional los DESC se erigen como un conjunto de medidas que previenen la pérdida, palian sus efectos, o restituyen la libertad lesionada. En el marco del Estado social, se exige de la organización política no declaraciones formales, sino resultados.
- 17. El sentido jurídico del principio de solidaridad, en cuanto deber, guarda relación con el sentido real de la solidaridad, que se puede predicar exclusivamente del ámbito de las relaciones privadas.** La implantación del principio de la solidaridad exige en su desenvolvimiento una acción altruista; se trata de la consideración de las circunstancias personales del otro, en el entorno social. Las instituciones públicas deben guiar su acción por imperativo legal, por obligación y en aplicación del principio del imperio de la ley y de seguridad jurídica. No obstante, donde se encuentra acogido el principio en su auténtica naturaleza, heredera del concepto de *“solidaridad de los antiguos”*, como acción fraternal, es en el ámbito de las acciones privadas. No obstante, la solidaridad reporta un beneficio a toda la comunidad, en la medida en que se garantiza el bien común a través de la garantía de inclusión de sus miembros. El principio solidaridad constituye el eje cohesionador de la vida social; esta función no tiene precio.
- 18. A través del principio de la solidaridad, se debe dar participación a la sociedad civil y las entidades del Tercer Sector para la gestión de forma eficiente de los derechos de los grupos de personas en riesgo de exclusión.** La preservación de los derechos de estos grupos no pueden quedar de forma exclusiva en el objeto de políticas públicas

que resultan el fruto de decisiones políticas. Un modelo de organización política más avanzado es aquél en cuya virtud se confía a una estructura privada eficiente la gestión de los recursos públicos y los suyos propios con el fin de que se supriman las barreras de exclusión social. Pese a que se otorgue a estas entidades una intervención como instrumento de control político, este Estado solidario resultará, fruto de esta intervención, un Estado más democrático y cohesionado, donde las desigualdades sociales, como resultado del principio de solidaridad y de la intervención de las entidades que gestionan las funciones públicas delegadas, se atenúan.

19. **El reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad exige un cambio de paradigma jurídico de la justicia formal: el Estado social paternalista debe dar paso al pleno disfrute de sus derechos, en un entorno de inclusión social.** Si bien todo sistema político debe perseguir el bienestar general, en el que se plasma el bien común, en un Estado social la consideración individual de la persona humana, en toda su dignidad, se convierte en el motivo de subsistencia del Estado mismo. No obstante, el modelo social de la discapacidad impide la creación de un sistema de atención de corte paternalista. El paternalismo genera exclusión social; estos dos conceptos son tributarios de ese principio de justicia formal. El modelo de Estado social exige un modelo de atención inclusivo, basado en la igualdad de oportunidades, en cuyo seno, las propias personas con discapacidad deciden la manera cómo van a intervenir en el contexto social y, en consecuencia, a participar en la vida social.
20. **La falta de exigibilidad de los DESC en un plano práctico, no es sino el fruto de una determinada concepción de la Filosofía del Derecho, propia de una herencia liberal de corte kantiano, y que ha generado una concepción de la justicia de tinte igualitarista.** Este principio de justicia resulta de naturaleza formal, y se satisface mediante la asignación de unos mismos recursos, o la falta de ellos a todas las personas por igual; independientemente de la condición jurídica en la que se encuentren. La justicia distributiva no garantiza un grado de cobertura suficiente para las personas en riesgo de exclusión social. El trato a lo desigual de manera

desigual, exige la puesta en marcha de medidas contra la discriminación de estos grupos, así como las medidas de acción positiva mediante las que se garantice el principio de igualdad de oportunidades.

- 21. No puede entenderse completa una definición de derechos fundamentales sin que queden en ella comprendidos los DESC.** La diferencia no se puede sostener ni desde el punto de vista del concepto, ni tampoco del fundamento. En relación con el primero, por ser derechos fundamentales “*resistentes*” frente al poder público y los sujetos privados, constituyen un límite necesario al ejercicio del poder. Desde el segundo, todos ellos guardan como fundamentación la preservación de la libertad e igualdad del individuo y, por lo tanto, el respeto de la dignidad humana de las personas en riesgo de exclusión a quienes los DESC figuran atribuidos.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. *"Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles"*, Ed. Trotta, Madrid 2002.

ADNANE RKIOUA, A. *"El artículo 10.2 CE: un cauce para integrar el contenido de los derechos sociales. Reflexiones tras la ratificación de España del Pacto Facultativo al Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales"*. LEX SOCIAL-Revista de los Derechos Sociales núm. 1/2011, julio-diciembre 2011.

ALEXY, R.

"Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica". Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho Nº 5. 1988.

"Teoría de los derechos fundamentales". Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2ª ed. Madrid. 2008

"Derechos sociales y ponderación". Fundación Coloquio Jurídico Europeo. 2ª ed. Madrid. 2009

ALEXANDER, J.M. *"Capabilities and Social Justice. The Political Philosophy of Amartya Sen and Martha Nussbaum"*. Ed. Ashgate. 2008

ANSUATEGUI ROIG, F. J.

"Ordenamiento jurídico y derechos humanos" en TAMAYO, J. J., (dir.), *10 palabras clave sobre derechos humanos*, Editorial Verbo Divino, Estella, 2005.

"Argumentos para una teoría de los derechos sociales". Revista Derecho del Estado nº 24. Julio 2010.

ANTXUSTEGUI IGARTUA, E. *"Ciudadanía y derechos sociales"*. Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales. UPV. Nº 22. 2010.

- AÑÓN ROIG, M.J. *"Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación"*. Centro de Estudios Constitucionales. 1994.
- AÑÓN ROIG, M.J. y GARCÍA AÑÓN, J. (directores). *"Lecciones de derechos sociales"*. Ed. Tirant lo Blanch. 2004
- ARA PINILLA, I. *"Las transformaciones de los derechos humanos"*. Tecnos. 1990.
- ARISTÓTELES.
"Ética a Nicómaco". Alianza Editorial. 2011.
"Política". Alianza Editorial. 2012.
- ATIENZA, M. *"Discutamos sobre paternalismo"*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Nº 5. 1988.
- ATIENZA, M y RUIZ MANERO, J. *"Sobre principios y reglas"*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho Nº 10. 1991.
- BALDASARRE, A. *"Los derechos sociales"*. Universidad Externado de Colombia. 2001.
- BARRANCO, M.C.
"La libertad republicana y los derechos fundamentales como límites al poder". Universidad Carlos III de Madrid. Seminario de Filosofía del Derecho. Sesión 8, de 25 de septiembre de 2000.
"El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales". Anuario de Filosofía del Derecho. Nº XVIII. 2001.
"Mujer y derechos económicos, sociales y culturales". Instituto Bartolomé de las Casas. Derechos y libertades. Núm. 23, Época II, junio 2010.
"Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos". Cuadernos Bartolomé de las Casas. Ed. Dykinson. 2011.
- BARRY, B. *"La teoría liberal de la justicia. Examen crítico de las principales doctrinas de Teoría de la Justicia de John Rawls"*. Ed. Fondo de Cultura Económica. 1993.
- BENTHAM, J. *"An introduction to the principles of morals and legislation"*. Ed. J.H. Burns y H.L.A. Hart. Clarendon Press. Oxford. 1996.
- BERLIN, I.
"Cuatro ensayos sobre la libertad". Alianza Editorial. 2004.
"Dos conceptos de libertad y otros escritos". Alianza Editorial. 2010.
- BOBBIO, N.
"El tiempo de los derechos". Trad. R. de Asís. Ed. Sistema, 1991.
"Igualdad y libertad". Ed. Paidós. 2000.

BOTANA GARCÍA, G y RUIZ MUÑOZ, M. *“Curso sobre Protección Jurídica de los consumidores”*. Ed. McGraw Hill. 1999.

CAMPOY CERVERA, I. (Director) *“Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas”*. Ed. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson, Madrid 2004.

CAMPS, V. *“Paternalismo y bien común”*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Nº 5. 1988.

CARDONA LLORENS, J. y SANZ CABALLERO, S. *“La democracia, el desarrollo y los derechos humanos como fundamento de la paz”* en *“Cultura de Paz y medidas para garantizarla”*. Instituto de Hispanoamérica y el Mediterráneo. Colección Política y Derecho (PO-DER). 2001.

CARRILLO SALCEDO, J.A. *“Protección de los derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia la superación de la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales”*. Revista de Instituciones Europeas. Vol. 18. nº 2. 1991.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR J.L. *“Contenido y alcance de la competencia del Estado definida en el artículo 149.1.1 de la Constitución”*. Revista Española de Derecho Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales. Enero-abril 1981.

CASCAJO CASTRO, J.L.

“La tutela constitucional de los derechos sociales”. Centro de Estudios Constitucionales. 1988.

“Los Defensores del Pueblo en el Estado Social y Democrático de Derecho: una perspectiva teórica”. Revista Vasca de Administración Pública. Nº 24 (mayo-agosto 1989).

“Derechos sociales”. Cuadernos de derecho público, 2009. Nº 37, mayo-agosto 2009. Versión online.

COHEN, G.A. *“On the currency of egalitarian justice, and other essays in political philosophy”*. Princeton University Press. 2011

COLECTIVO LOÉ . *“Discapacidades e Inclusión Social”*. Ed. Obra Social “La Caixa”. Colección Estudios Sociales. Nº 33. 2012

CONTRERAS PELÁEZ, F.J. *“Derechos sociales: Teoría e Ideología”*. Ed. Tecnos. 1994

CORLETT, J.A. *“Equality and liberty. Analizing Rawls and Nozick”*. Ed. Palgrave Macmillan. 2003.

CORTINA, A.

“Bioética y nuevos derechos humanos. Problemas actuales de los derechos fundamentales”. Ed. J.M. Sauca. UCIII-BOE. 1994.

“Ética sin moral”. Ed. Tecnos. 2010.

CORTINA, A y MARTÍNEZ, E. *“Ética”*. Ed. Akal. 2008.

CUENCA GÓMEZ, P (editora). *“Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español”*. Ed. Dykinson. 2010.

DE ASÍS ROIG, R.

“Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder”. Ed. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson, Madrid 2000.

“Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista”. Ed. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson, Madrid 2001.

“Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas”. Debates del Instituto Bartolomé de las Casas nº 2. Ed. Dykinson. 2004.

“Concepción de la discapacidad en el modelo social: Críticas y éxitos”. Conferencia impartida en la VII Jornada FEKOOR. Bilbao. 17.06.2014.

“Sobre discapacidad y derechos”. Ed. Dykinson. 2013.

DE ASÍS ROIG, R; AIELLO, A.L.; BARIFFI, F; CAMPOY, I; PALACIOS, A. *“Sobre la accesibilidad universal en el Derecho”*. Ed. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson, Madrid 2007.

DE LORENZO, R.

“Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales”. Ed. Escuela Libre Editorial-Marcial Pons. 1995.

“El Futuro de las personas con discapacidad en el mundo”. Informe al Club de Roma. Fundación ONCE. 2003.

DE LORENZO, R. (director) *“Derecho y discapacidad. In memoriam José Soto García-Camacho”*. Ed. Cinca. 2012.

DE LORENZO, R. y PÉREZ BUENO, L.C. (directores). *“Tratado sobre Discapacidad”*. Ed. Fundación Academia Europea de Yuste. Thomson-Aranzadi. 2007.

DE LUCAS, J. *“El concepto de solidaridad”*. Ed. Fontamara. México, 1998.

DE LUCAS, J y AÑÓN, M.J. *“Necesidades, derechos y razones”*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Nº 7. 1990.

- DEL RÍO GABARAÍN, E. *“Solidaridad, estado, acción social”*. Cuadernos de Trabajo Social, 01/2014, Nº de Volumen 27, Núm. de revista 1.
- DÍAZ, E. *“El Derecho: la razón de la fuerza y la fuerza de la razón”*. Ed. Universidad Carlos III de Madrid. Instituto Bartolomé de las Casas: Boletín Oficial del Estado. 1993. Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Feb-oct 1993.
- DÍAZ CREGO, M.
“El Tribunal Constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales”. Lex Social- Revista de los Derechos Sociales. Nº 1/2012. Enero-junio 2012.
“Derechos sociales y amparo constitucional”. R.V.A.P. Nº 94. Septiembre-diciembre 2012.
- DWORKIN, R.
“Ética privada e igualitarismo político”. Ed. Paidós. 1993.
“Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad”. Ed. Paidós. 2003.
“Los derechos en serio”. Ed. Ariel Derecho. 2010.
“Justice for Hedgehogs”. Ed. The Belknap Press of Harvard University Press. 2011
- EMBID IRUJO, A. (Director) *“Derechos económicos y sociales”*. Ed. Iustel. 2009.
- ESCOBAR ROCA, G. *“Indivisibilidad y derechos sociales: de la Declaración Universal a la Constitución”*. Lex Social- Revista de los Derechos Sociales. Nº 2/2012. Julio-diciembre 2012.
- ESGUERRA ROA, C. *“El individualismo no utilitarista de Robert Nozick”*. Universidad Externado de Colombia. 2006.
- FERNÁNDEZ, E. *“Teoría de la Justicia y Derechos Humanos”*. Ed. Debate. Madrid. 1987.
- FERRAJOLI, L.
“Derechos y garantías. La Ley del más débil”. Ed. Trotta. 2006.
“Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”. Ed. Trotta. 2009.
- GANZENMÜLLER, C y ESCUDERO, F.F. *“Discapacidad y Derecho”*. Ed. Bosch. 2005.
- GARCÍA AÑÓN, J. *“Los derechos de las personas con discapacidad y las medidas de acción”*. *“Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas”*. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. Universidad Carlos III de Madrid. Ed. Dykinson. 2004. (varios autores)

- GARCÍA COTARELO, R. *“Del Estado del bienestar al Estado del malestar”*. Centro de Estudios Constitucionales. 1990.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R. *“Curso de Derecho Administrativo”*. Vol. I. 14ª. Ed. Thomson-Civitas. Ed. 14ª.
- GARCÍA FIGUEROA, A. *“Principios y positivismo jurídico”*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1998.
- GARCÍA MACHO, R. *“Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda”*. Madrid. Instituto de Estudios de Administración Local, 1982. Versión online.
- GARCÍA MANRIQUE, R. *“Los derechos sociales como derechos subjetivos”*. Derechos y libertades. Nº 23. Época II. Junio 2010. Ed. Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas; Dykinson. (versión electrónica).
- GARICANO GABILONDO, L. *“El dilema de España”*. Ed. Península. 2ª Edición. 2014.
- GARRIDO FALLA, F y otros. *“Comentarios a la Constitución”*. Ed. Civitas. 2001.
- GARZÓN VALDÉS, E. *“Sobre el paternalismo”*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Nº 5. 1988.
- GONZÁLEZ AMUSCHATEGUI, J. *“Louis Blanc y los orígenes del socialismo democrático”*. CIS. 1989.
- GORDILLO PÉREZ, L. *“Derechos sociales y austeridad”*. Revista Jurídica de los derechos sociales. Lex Social. Vol. 4. Nº 1/2014. Enero-junio 2014.
- GURVITCH, G.
“La idea del Derecho Social”. Ed. Comares. 2005.
“La déclaration des droits sociaux”. París. Ed. J. Vrin. 1946.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. *“La Dignidad de la persona y derechos fundamentales”*. Ed. Marcial Pons. 2005.
- HÄBERLE, P. *“El Estado constitucional”*. Ed. Astrea. 2007.
- HABERMAS, J.
“Between Facts and Norms”. Ed. Polity Press. 2011.
“Conciencia moral y acción comunicativa”. Ed. Trotta. 2008.
“Facticidad y validez”. Ed. Trotta. 4ª ed. 2005
“Teoría y Praxis”. Ed. Tecnos. 1990.
- HART, H.L. *“El concepto del Derecho”*. Ed. Abeledo-Perrot. 2007.
- HAYEK, F.

"Los fundamentos de la libertad". Unión Editorial. 8ª ed. 2008.
"The road to serfdom". The University of Chicago Press. 1972.

HELLER, A.

"Escritos políticos". Alianza. 1985.
"Una revisión de la teoría de las necesidades". Ed. Paidós. 1996.
"Teoría de las necesidades en Marx". Ed. Península. 1978.

HOBBS, T. *"Del ciudadano y Leviathan"*. Antología de Textos Políticos. Edición de Enrique Tierno Galván. Ed. Tecnos. 2013.

HOHFELD, W.N. *"Conceptos jurídicos fundamentales"*. Ed. Fontamara. 1995.

HUETE GARCÍA, A. *"Pobreza y exclusión social de las mujeres con discapacidad en España"*. CERMI. 2013.

HUME, D. *"De la moral y otros escritos"*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. 1982.

JELLINEK, G. *"Teoría General del Estado"*. Ed. Fondo de Cultura Económica. 2000.

KANT, I.

"La Metafísica de las Costumbres". Ed. Tecnos. 1999.
"Fundamentación para una Metafísica de las Costumbres". Alianza Editorial. 2002.
"Sobre la paz perpetua". Alianza Editorial. 2006.
"Crítica de la razón práctica". Alianza Editorial. 2011.

KELSEN, H. *"Teoría Pura del Derecho"*. Ed. Universitaria de Buenos Aires. 1977.

LAPORTA, F.

"Sobre el concepto de derechos humanos". Ed. Doxa, nº 4, 1987.
"Entre el Derecho y la Moral". Ed. Distribuciones Fontamara. 2000.

LASARTE ÁLVAREZ, C. *"Manual sobre protección de consumidores y usuarios"*. Ed. Dykinson. 2003.

LEMA AÑÓN, C. *"Salud, Justicia, Derechos. El derecho a la salud como derecho social"*. Ed. Dykinson. 2009.

LOCKE, J. *"Ensayo y Carta sobre la tolerancia"*. Alianza Editorial. 1999.

LUCAS VERDÚ, P. *"Teoría de la constitución como ciencia cultural"*. Ed. Dykinson. 1997.

MACCORMICK, N. *"Instituciones del derecho"*. Ed. Marcial Pons. 2011.

- MARSHALL, T.H. y BOTTOMORE, T. *“Ciudadanía y clase social”*. Ed. Alianza. 2014.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J. *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*. Ed. Tecnos. 1998.
- MARTÍNEZ RÍOS, B. *“Pobreza, discapacidad y derechos humanos. Aproximación a los costes extraordinarios de la discapacidad y su contribución a la pobreza desde un enfoque basado en los derechos humanos”*. Ed. Cinca. 2011.
- MILL, J.S.
“Sobre la libertad”. Ed. Aguilar. 1972.
“La esclavitud femenina”. Artemisa ediciones. 2008.
- MONEREO PÉREZ, J.L.
“Comentario a la Constitución Socio-económica de España”. Ed. Comares. 2002.
“La defensa del Estado social de Derecho. La teoría política de Herman Heller”. Ed. El Viejo Topo. 2009.
- MONTESQUIEU. *“Del Espíritu de las Leyes”*. Alianza Editorial. 2012.
- MORALES PERALTA, A. *“Libro Blanco sobre Universidad y Discapacidad”*. Real Patronato de la Discapacidad. 2007.
- MUÑOZ MACHADO, S.
“Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General”. Ed. Iustel. 2006.
- MUÑOZ MACHADO, S; GARCÍA DELGADO, J.L; GONZÁLEZ SEARA, L (Directores). *“Las estructuras del bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes”*. Escuela Libre Editorial-Civitas. 2002.
- NAVARRO, V. *“El derecho a la protección de la salud”*. Derechos y libertades. Revista del IBC, nº 6, 1998. Ed. Universidad Carlos III de Madrid. Instituto Bartolomé de las Casas : Boletín Oficial del Estado.
- NEGRO PAVÓN, D.
“El liberalismo de Alexis de Tocqueville y de John Stuart Mill”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Revista de estudios políticos. 1969. Nº. 167.
“Individualismo y colectivismo en la ciencia social. Ensayo sobre Tocqueville y Stuart Mill”. CSIC. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto Balmes de Sociología. 1971.
- NINO, C.S.
“El constructivismo ético”. Centro de Estudios Constitucionales. 1989.

"Autonomía y necesidades básicas". Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Nº 7. 1990.

"Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación". 2ª edición. Ed. Astrea. 2007.

NOZICK, R., *"Anarchy, State, and Utopia"*, Ed. Basil Blackwell, 1990.

NUSSBAUM, M.C.

"The Quality of life". M. Nussbaum y A. Sen, editores. Clarendon Press. Oxford. 1992.

"Frontiers of Justice". Ed. The Belknap Press of Harvard University Press. 2006.

"Crear capacidades". Ed. Paidós. 2012.

PALACIOS, A.

"Las múltiples dimensiones de la discapacidad". Estudios en homenaje a Manuel Ruiz Ortega. Escuela Libre Editorial. 2003

"El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad". Ediciones Cinca. 2008.

PALACIOS, A. y ROMANACH, J. *El modelo de la diversidad".* Ed. Diversitas. 2006.

PAREJO ALFONSO, L. *"Estado y Estado de Bienestar a la luz del orden constitucional"* en *"Las estructuras del bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes"*. Escuela Libre Editorial-Civitas. 2002.

PASTOR CESTEROS, S y SALAZAR GARCÍA, V (editores). *"Tendencias y líneas de investigación en adquisición de segundas lenguas-Algunas reflexiones sobre la enseñanza de la lengua de signos española (L.S.E.)"*. Alicante: Universidad de Alicante. Departamento de Filología Española, Lingüística General y Teoría de la Literatura, 2001. Ed. Electrónica.

PECES-BARBA, G.

"Libertad, poder, socialismo". Civitas Monografías. Civitas. Madrid, 1978.

"Derechos, socialismo, constitución". Civitas Monografías. Civitas. Madrid. 1978.

"Humanitarismo y solidaridad social como valores de una sociedad avanzada". Ed. La Ley. 1991

"Curso de derechos fundamentales". Ed. Universidad Carlos III de Madrid. BOE. 1999.

"Derechos sociales y positivismo jurídico. (Escritos de filosofía jurídica y Política". Ed. Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas". Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson, Madrid 1999.

"La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho". Ed. Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas". Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson, Madrid 2003.

PELÉ, A. *“Una aproximación al concepto de dignidad humana”*. Recurso web.

PÉREZ BUENO, L.C. (director).

“Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo”. Ed. Fundación Academia Europea de Yuste. Aranzadi-Thomson Reuters. 2009.

“2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España”. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna. Ed. Cinca. 2012.

PÉREZ LUÑO, A.E.

“Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución”. Tecnos, Madrid 2005.

“La Tercera Generación de derechos humanos”. Ed. Thomson-Aranzadi. 2006.

PISARELLO, G.

“Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático”. Universidad Nacional Autónoma de México. Boletín mexicano de Derecho Comparado. N° 92. Mayo-agosto. 1998.

“Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”. Revista Isonomía. N° 15. Octubre 2001.

“Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites”. Bomarzo. 2009.

“Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción”. Ed. Trotta. 2009.

“Solidaridad e insolidaridad en el constitucionalismo contemporáneo: elementos para una aproximación”. Revista de Estudios Sociales N° 46. Bogotá. Mayo- agosto de 2013.

PISARELLO, G. /OBSERVATORIO DESC. *“Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción”*. Ed. Icaria. 2003.

POLLITZER, M. *“Individuos perdidos en la multitud: Mill y Tocqueville sobre la sociedad democrática”*. Revista de Instituciones, Ideas y Mercados. N° 56. Mayo 2012.

PRESNO LINERA, M.A. y SARLET, I.W. (editores). *“Los derechos sociales como instrumento de emancipación”*. Ed. Aranzadi-Thomson Reuters. 2010.

PRIETO SANCHÍS, L.

“El problema del fundamento de los derechos humanos”. Anuario de Derechos Humanos. N° 1. 1981.

“Estudios sobre derechos fundamentales”. Debate. Madrid. 1990.

“Concepto de derechos humanos y problemas actuales” en *“Derecho y libertades”*. N° 1. 1993.

“Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”.
 Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Nº 22. 1995.
“Ley, principios, derechos”. Ed. Instituto de Derechos Humanos
 “Bartolomé de las Casas”. Universidad Carlos III de Madrid.
 Dykinson, Madrid 1998.
*“La limitación de los derechos fundamentales y la norma de
 clausura del sistema de libertades”.* *“Derecho y libertades”.*
 Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. 2000.

PUIG LLOBET, M; SABATER MATEU, P; RODRÍGUEZ ÁVILA, N.
*“Necesidades Humanas: evolución del concepto desde la
 perspectiva social”.* Aposta. Revista de Ciencias Sociales. nº 54,
 Julio, Agosto y Septiembre 2012

RAWLS, J. *“Teoría de la Justicia”.* Ed. Fondo de Cultura Económica. 1997.

RAZ, J. *“The morality of freedom”.* Ed. Oxford University Press. 1986.

RIBOTTA, S. *“John Rawls. Sobre (des) igualdad y justicia”*, Ed. Dyckinson.
 2009

RIBOTTA, S y ROSSETTI, A. (editores). *“Los Derechos sociales en el Siglo
 XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia”.* Debates del
 Instituto Bartolomé de las Casas nº 13. Ed. Dykinson. 2010.

RODRÍGUEZ-ARANA, J. *“Interés general, Derecho Administrativo y Estado del
 Bienestar”.* Ed. Iustel. 2012.

RODRÍGUEZ PALOP, M^a.

*“La nueva generación de Derechos Humanos. Origen y
 justificación”.* Ed. Dykinson. 2ª ed. 2010.

“Claves para entender los nuevos derechos humanos”. Ed.
 Catarata. 2011.

ROS CHERTA, J.M. *“Consideraciones sobre la crítica de A. de Tocqueville al
 individualismo democrático”.* Recerca: revista de pensament i analisi.
 Nº. 1. 2001.

ROSS, A. *“Sobre el Derecho y la Justicia”.* Ed. EUDEBA. 1994.

ROVIRA VIÑAS, A (director). *Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del
 Pueblo”.* Ed. Aranzadi. 2002.

ROUSSEAU, J.J. *“El contrato social o Principios de derecho político”.* Ed. Tecnos.
 4ª ed. 2000.

RUIZ MIGUEL, A. *“Derechos liberales y derechos sociales”.* Doxa. Cuadernos
 de Filosofía del Derecho. Nº15-16. 1994.

- SANDEL, M.J. *"Liberalism and the Limits of Justice"*. Cambridge University Press. 2ª ed. 1998.
- SAURA ESTAPÁ, J. *"La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)"*. Papeles el tiempo de los derechos. Huri-Age. Consolider Ingenio 2010. Nº 2. 2011.
- SEGOVIA, J.F. *"Derechos humanos y constitucionalismo"*. Ed. Marcial Pons. 2004
- SEN, A. *"La idea de la Justicia"*. Ed. Taurus. 2009.
- STEIN, Mark S. *"Distributive Justice and Disability. Utilitarianism against Egalitarianism"*. Ed. Yale University Press. 2006.
- TAMAYO, J. J., (dir.), *10 palabras clave sobre derechos humanos*, Editorial Verbo Divino, Estella, 2005.
- TEROL BECERRA, M y JIMENA QUESADA, L. (directores). *"Tratado sobre protección de derechos sociales"*. Ed. Tirant lo Blanch. 2014.
- TOUCHIE, J. *"Hayek and Human Rights. Foundations for a Minimalist Approach to Law"*. Edward Elgar Publishing Limited. 2005.
- USATEGUI, E. *"Ciencia y libertad en Stuart Mill y Tocqueville"*. Revista Anuario filosófico. 1987. Vol. 17. Nº 1.
- VAN PARIJS, P. *"Libertad real para todos. ¿Qué se puede justificar al capitalismo? (si hay algo que pueda hacerlo)"*. Ed. Paidós. 1996.
- VV.AA. *"Derecho de las minorías y de los grupos diferenciados"*. Escuela Libre Editorial. 1994.
- VV.AA. *"Necesidad, desear, vivir. Sobre necesidades, desarrollo humano, crecimiento económico y sustentabilidad"*. Ed. Los Libros de la Catarata. 1998
- VV. AA. *"Jürgen Habermas/John Rawls. Debate sobre el liberalismo político"*. Ed. Paidós. I.C.E./U.A.B. 1998.
- VV.AA. *"Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas"*. Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas". Universidad Carlos III de Madrid. Ed. Dykinson. 2004.
- VV.AA. *"Teoría de la Justicia y Derechos fundamentales". Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*. Vol. III. Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas". Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson. 2008.
- VV.AA. *"Estudios Interdisciplinarios sobre igualdad"*. IDP-IUSTEL. 2ª Ed. 2011.

VV.AA. *“Jornadas: Inclusión de los estudiantes con discapacidad en la Universidad. Necesidades y demandas”*. UNED. 2011.

VVAA. *“2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España”*. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna. Ed. Cinca. 2012.

8. INFORMES RESEÑADOS

CAMPOY CERVERA, I. *“Estudio sobre la situación de los niños y niñas con discapacidad en España”*. Cuadernos para el Debate. Nº 2. UNICEF. Comité español. Huygens Editorial. Madrid

CERMI. *“Derechos Humanos y Discapacidad”*. Informe España 2012. Colección Convención ONU. Nº 9. Ed. CERMI-Ediciones Cinca. 2013. *“Por la Igualdad, Unidas en la Diversidad”*. Colección CERMI.es. Volumen 19.

“Derechos Humanos y Discapacidad”. Informe España 2013. www.cermi.es/es-S/Novedades/.../INFORME%20DDHH%202013.pdf

COMISIÓN DE LA UE.

Comunicación de la Comisión de la UE al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones *“Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad”*. 12 de mayo de 2000
Eurobarómetro Especial 393. *“Discriminación en la UE en 2012”*. Noviembre de 2012.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO.

Dictamen sobre *“Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”*. Bruselas 14.01.2009. COM (2008) 426 final (Dictamen adicional).

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras» (COM(2010) 636 final) (2011/C 376/15- (DOCE 22.12.2011).

CONGRESO OCIO, INCLUSIÓN Y DISCAPACIDAD. *“Manifiesto por un ocio inclusivo”*. Bilbao. Julio de 2003. Instituto de Estudios de Ocio y la Cátedra ONCE Ocio y Discapacidad de la Universidad de Deusto.

CONSEJO INTERNACIONAL PARA LA POLÍTICA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS (ICHRP)

“Human Rights Standards. Learning from experience”. Versoix (suiza). 2006.

“Desempeño y legitimidad”. Resumen de resultados. Versoix (suiza). 2007.

DEFENSOR DEL PUEBLO. *“Informe anual a las Cortes Generales”*. Año 2013. Versión on-line.

DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ. *“Informe especial al Parlamento de Andalucía. Discapacitados y acceso al empleo de las Administraciones Públicas”*. Noviembre de 2004.

DE LORENZO, R. Ponencia *“Reflexiones y propuestas de acción positiva para la inclusión de personas con discapacidad como personal docente e investigador en las universidades españolas”*. II CONGRESO INTERNACIONAL DE UNIVERSIDAD Y DISCAPACIDAD. 27-28. 11. 2014.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA.

“Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud”. 1999. Elaborada por el Instituto Nacional de Estadística, el IMSERSO y la Fundación ONCE

“Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia”. 2008.

ONU. *“Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por órganos creados en virtud de Tratados de derechos humanos”*.

ONU. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.

“El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”. Observación General nº 14. 2000. *“Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a España”*. 48º período de sesiones, celebradas 30 de abril a 18 de mayo de 2012.

“Declaración sobre la pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. (Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 2002, Suplemento N° 2 [E/2002/22-E/C.12/2001/17], anexo VII).

“Declaración sobre las obligaciones de los Estados partes en relación con el sector empresarial y los derechos económicos, sociales y culturales”. 12 de julio de 2011

- ONU. COMITÉ DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 6ª. Sesión. 19–23 SEPTEMBER 2011. Análisis de los informes elevados por los Estados Parte, bajo el artículo 35 de la Convención. Observaciones finales a España.
- ONU. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *“Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”*. Naciones Unidas. 25ª. Sesión. 24.03.2014. Doc. A/HRC/25/L.30.
- ONU. INFORME DE LA OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *“Estudio temático sobre el trabajo y el empleo de las personas con discapacidad”*. 22º período de sesiones 17.12.2012.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD Y BANCO MUNDIAL. *“Informe Mundial sobre la Discapacidad, 2011”*.
- PELTZMAN, Sam *“Regulation and the Wealth of Nations: The Connection between Government Regulation and Economic Progress”*. Recurso web.
- RAIS FUNDACIÓN. *“Discapacidad y personas sin hogar”*. Programa Operativo Pluri-regional de “Lucha contra la Discriminación” 2007-2013, cofinanciado por el Fondo Social Europeo.